This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 563 472

Digitized by Google

Bd. May 1942

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

LUIGI LUCCHINI

Received December 20, 1930

Digitized by Google

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

UCCHINI

G. BORTOLUCCI

120

STUDI ROMANISTICI

PADOVA
Tipografia all'Università dei Fratelli Gallina
1906

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LUCCHINI

G. BORTOLUCCI

120

STUDI ROMANISTICI

PADOVA
Tipografia all'Università dei Fratelli Gallina
1906

Digitized by Google

Fort Lewis
B73935

DEC. 20, 1930

Digitized by Google

ERRATA-CORRIGE

p. 6	l. 24	εὐσεβεῖαν	— εὐσεβίαν
10	14	ledatur	— laedatur
20	13	contraddizione; chè	— contraddizione; che
23	1	priucipî	— principî
26	18	una	— ogni
27	8	λεγόντος; 18 διδομένης	— λέγοντος; διδομένην
	33-34	soddi-sfacente	— soddis-facente
33	5	usurfructus	— ususfructus
36	15	testamnto; amittebature	— testamento; amittebatur
39	10	17	— 7
41	12	onm	— cum
42	27	dello	— dallo
43	4	Scialoja,	— Scialoja
	18	*instituenids*	— *instituendis*
44	20	costitutum	— constitutum
	28	*imstitutus*	— *institutus*
49	13	*Modest.* 10 (3)	— Modest. 10 (3))
55	26	sucessfull	— successful
56	10	di	— in
58	7	dal	— del
59		riposta	— risposta
64	8	le quali parlano	— (C. VI, 23. 21. 6), la quale parla
66	1	e più largamente	— largamente
69	25	uxori.	— uxori,
76	12	Xadrian	— Hadrian
77	21	ἐπιγεγράμμαι	— ἐπιγέγραμμαι
79	18	1031	— 10ō 1
83	17	*Mamdatsbürgschaft; römischen; gemeinen*	— *Mandatsbürgschaft; römischem; gemeinem*
	20	*römischen ... bürgerlichen*	— *römischem ... bürgerlichem*
87	16-17	o tacito (cfr. D. XVII. 1. 18) —	— — o tacito (cfr. D. XVII. 1. 18))
88	12	esitenza	— esistenza
	5	C. 40 (41), 22	— C. VIII. 40 (41), 22
96	10	tu	— ut
98	5	*mihi*	— *tibi*
	9	κα; ἐντ λλμαι; ὄν	— καί; ἐντέλλομαι; ὄν
100	9	potrebbe a	— potrebbe servire a
	26	delle somme	— per il ricupero delle somme
101	18-19	giuri-sprudenza	— giuris-prudenza
116	19	prestazione della	— prestazione del credito conseguente all'intervento della
117	7	*mandasset;*	— *mandasset,*
118	7	*pucunias*	— *pecunias,*
121	1-2	iu-dicio	— iu-dicium
	12	esecuzione	— eccezione
122	18	stato	— stata
123	2-3	*fi-des;*	— *fi-des,*
	11	nel	— nello
125	12	romani	— Romani

Digitized by Google

Forty
Forty
B73

Digitized by Google

I.

La manumissione parziale dello schiavo comune da parte di un condomino

Oxy. IV. 716 [186. d. C.] contiene un esempio di valida manumissione parziale di uno schiavo da parte di un condomino; nè solo è l'esempio, dacchè a un sì fatto negozio si riferiscono anche *Oxy.* IV. 722 (91-107 d. C.) e *P. Edmonstone* (354 d. C.) l. 6.7 (1).

---

(1) Ad Asclepiade ginnasiarca i tre tutori dei minorenni Dionisio Eudaimone, Dionisio e Thaesis scrivono: l. 12 sgg. *ὑπάρχει τοῖς αὐτοῖς ἀφ[ήλ]ιξι τῇ μὲν Εὐδαι || μονίδι ἕκτον μέρος τῷ δὲ Διονυσίῳ καὶ || Θαήσει ἥμισυ μέρος τὸ ἐπὶ τὸ αὐτὸ δίμοι[ρ]ον || μέρος πατρικοῦ αὐτῶν δούλου Σαραπίω[νος || ὡς (ἐτῶν) λ οὗ τὸ λοιπὸν τρίτον ὂν τοῦ ὁμοπα || τρίου αὐτῶν ἀδελφοῦ Διογένο[υ]ς ἠλευθέ || ρωται ὑπ' αὐτοῦ. ὅθεν ἐπιδίδομεν τὸ βιβλί || διον ἀξιοῦντες κατὰ*

Digitized by Google

Che le fattispecie non possano riferirsi alle norme romane, affermò già il Mitteis (1); ed io pure altra volta (2) ebbi a rilevare che la *προκήρυξις* richiesta in *Oxy.* IV. 716 dai tutori dei tre minorenni condomini per l'altre parti dello schiavo già manomesso, per la porzione che gli spettava, dall'altro condomino e fratello dei minorenni, non s'accorda nè con le norme del d.° romano più antico, che riconosceva il *ius adcrescendi* della quota spettante al manumittente, all'altro o agli altri condomini (3); nè con

---

τὸ δηλούμενον || τῶν ἀφηλίκων δίμοιρον μέρος τὴν προ || κήρυξιν γενέσθαι καὶ τὴν ἀμείνονα || αἵρεσιν διδόντι παραδοθῆναι. Seguono la data e le firme. Tale il contenuto di *Oxy.* IV. 716; *Oxy.* IV. 722 è un documento che attesta l'avvenuta *ἐλευθέρωσις ὑπὸ Δία Γῆν Ἥλιον* (l. 6) di una schiava — già manomessa per due terzi — per l'altro terzo spettante a Achilleus e Sarapas (l. 15 e segg.).

Pap. Edmonstone, riportato integralmente dagli editori nelle note ad *Oxy.* IV. 722 (pag. 202-203), presenta una parziale manumissione di due schiavi, la cui parziale proprietà era pervenuta alla manumittente dall'eredità materna: l. 6. segg. *ὁμολογῶ ἑκουσίως καὶ αὐθαιρέτως καὶ || ἀμετανοήτως ἀφικέναι ὑμᾶς ἐλευθέρους τοῦ ἐπιβάλλοντος μοι μέρους ὑπὸ Γῆν καὶ Οὐρανὸν καὶ εὐσεβείαν || τ[ο]ῦ πανελεήμονος θεοῦ ἐλθόντος εἰς ἐμὲ ἀπὸ κληρονομίας τῆς μητρός μου ἀπὸ τοῦ νῦν ἐπὶ τὸν ἅπαντα χρόνον.....*

(1) *Archiv für Papyrusforschung* III. 252 - 256 e Introd. a *Oxy.* IV. 716.

(2) *Arch. giur.* LXXIII, 342.

(3) Ulp. *Frag.* 1. 18: Communem servum unus ex domi-

Digitized by Google

le norme del d.° romano recenziore e giustinianeo, quando il *favor libertatis* veniva umanamente attenuando il rigore giuridico della condizione servile.

La condizione del parzialmente manomesso tale si presentava da costituire facilmente oggetto — e Giustiniano ne conserva memoria — delle dispute della colta giurisprudenza: e in rispetto alle forme di manumissione in cui dovesse o meno applicarsi il *ius adcrescendi* (se per es. anche la *manumissio inter amicos* e in genere le forme di manumissione che non facevano acquistare la cittadinanza romana, effettuassero l'accrescimento al condomino o ai condomini della quota di proprietà del manumittente o dei manumittenti, come sostenevano i Proculeiani, oppure se restassero inalterati i preesistenti rapporti di con-

---

nis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem romanum facturus esset. Nam si inter amicos eum manumiserit plerisque placet eum nihil egisse. PAUL, *Sent.* IV. 12. 1: Servum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest, nec magis civem romanum.

Fr., DOSITH. 10. Communis servus si ab uno (*ex sociis vindicta vel testamento*) liberatus sit neque ad libertatem pervenit, et alterius domini totus sit servus iure adcrescendi. Sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque servus manebit; ius enim adcrescendi in hac manumissione non versatur, licet Proculus existimaverit, accrescere eum socio, qua sententia non utimur. Cfr. anche *Inst.* II. 7. 4.

Digitized by Google

dominio), e in rispetto alla possibilità o meno di restringerlo o abolirlo addirittura per certe speciali forme di manumissione per atto d'ultima volontà.

Senza soffermarci sulle utilità dell'istituzione in erede dello schiavo proprio e altrui (1), notando del resto che le considerazioni in proposito valgono anche per lo schiavo comune, il quale può mediante i *iussus* dei singoli domini rappresentarli, ciascuno di essi per la sua quota (2); nella istituzione del servo co-

---

(1) Vedi su ciò le perfette osservazioni di V. Scialoja, *Successioni* (Anno Accademico 1904 - 1905 Roma) 197 segg., specialm., 214-216; e ancora di C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* I (Napoli 1900) 165 segg. Cfr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 39, 195 segg.

(2) Qui cade in acconcio di ricordare le più importanti fonti relative agli stati e rapporti giuridici connessi o derivanti dal condominio di un servo.

a) *adquisitio* a mezzo del servo comune: D. X. 3. 24-25; XLI. 1. 45; XXXIX. 5. 13; XLI. 1. 23. 3; XLI. 1. 17; XLI. 2. 1. 7; XLI. 2. 1. 18; XXI. 31. 1. 17; XV. 1. 16.

stipulatio del servo comune VIII. 3, 19; XLV. 3. 4, 5,* 27; XLV. 3. 29; XLV. 3, 1. 2; XLVI. 1. 16 pr.; XLV. 3. 17*; XLV. 3. 21; XLV. 3. 28. 2; XXXIII. 3. 2 (XLVI. 4. 8. 1).

b) il servo comune è oggetto di valida contrattazione da parte di ciascun condomino per la sua quota. Una elegante fattispecie è in D. X. 3. 6. 9, dove s'afferma che la eccezione pignoratizia spetta al condomino che abbia ricevuto dall'altro il servo in pegno per la sua quota, e sia, in seguito, stato impetito con l'*actio communi dividundo*.

c) *noxa* del servo commune: XI. 1. 20 pr. (cfr. X. 3. 8. 3; X. 3. 15); IX. 4. 10; IV. 9. 6. 1; IX. 4. 9(furto sciente un domino); X. 3. 8. 3, 15; IX, 4. 41; XLVII. 10. 17. 9: corruzione

Digitized by Google

mune si possono distinguere due ipotesi: a) la istituzione da parte di un estraneo: b) la istituzione da parte di uno dei condomini: α) *sine libertate*, β) *cum libertate*.

Alla prima ipotesi hanno riguardo nel Digesto i seguenti passi:

XXX. 1. 50. pr. (ULP., *l. XXIV ad Sabinum*). Si servus plurium sit pro dominii portione legatum ei relictum adquiret.

XXX. 81. 1. (IUL., *libr. XXXII digest.)* Si servo communi res legata fuisset potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere: nam in hanc causam servus communis quasi duo servi sunt.

XXXI. 20 (CELS. *libr. IX digest.)* Et Proculo placebat et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim coniunctim, sed partes legatas: nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

XXXV. 2. 49, pr. (PAUL., *lib. XII ad Plaut.*)....

---

da parte del servo commune di un altro servo cfr. XI. 3. 14. 2: danno arrecato dal s. c. *iussu alterius domini* cfr. XLVII. 6. 5.

d) responsabilità per danni arrecati al servo commune: uccisione o ferimento: IX. 2. 19, 27. 2; XI. 3. 9. pr; XLVII 10. 15. 36.

Digitized by Google

et divus Pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere.

XXIX. 2. 67 (ULPIAN. *libr. I. reg.*) Servus communis ab extero heres institutus si iussu unius adierit hereditatem, non pro maiore parte interim heredem eum facit quam pro dominica, deinde ceteris sociis non iubentibus tacito iure partes ei adcrescunt.

XXIX. 2. 68 (PAUL., *libr. V ad leg. Iul. et Pap.*) Cum solus servus heres institutus sit, sicut licet uno tempore omnium dominorum iussu adire hereditatem, ita et separatis temporibus singulorum iussu recte adit: nam quia saepius adit, non ex testamento, sed ex iure dominorum venire utilitatis causa videtur, ne alterius festinatione alterius ius ledatur.

XXIX. 2. 64. (IAVOL., *libr. sec. ex post. Labeon.*) Servus duorum heres institutus et adire iussus si alterius domini iussu adierit, deinde manumissus fuerit, poterit ipse adeundo ex parte dimidia heres esse.

Fragm. Vat. 76. Iulianus scribit, si servo communi et Titio ususfructus legetur, et unus ex dominis amiserit usumfructum, non adcrescere Titio, sed soli socio: quemadmodum fieret, si duobus coniunctim et alteri separatim esset relictus....

XXVIII. 6. 48. pr. (SCAEV., *libr. sing. quaestion. publ. tractatarum)*:

Servum communem habemus; hic heres scriptus est; et, si heres non sit, Maevius illi substitutus est: alterius iussu dominorum adiit hereditatem, alterius

Digitized by Google

non. Quaeritur an substituto locus sit, an non? Et verius est substituto locum esse.

Quanto alla istituzione del servo comune da parte di uno dei condomini non rilevasi — logicamente e neppur nelle fonti — differenza dai rapporti e stati giuridici sorgenti nel caso più generale di istituzione da parte di un estraneo.

Si possono citare D. XVII. 2. 63.9 (ULP. *libr. XXXI ad edict.)*, in cui per altro è conservata notizia della questione sorta in rispetto a un possibile concorso degli eredi del condomino che abbia relitto un legato al servo comune senza libertà con l'altro o gli altri condomini, ai quali spetti l' acquisizione integrale del legato:

Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet: an tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii quaeritur. Et ait Iulianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari, et posse hanc sententiam defendi Iulianus ait: non enim propter communionem hoc adquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.

E la ragione dell' acquisto integrale del legato al socio del disponente dà GIULIANO (*libr. XXXVI ad edict.*) in D. XXXIII. 5. 11: ..... et cum servo communi alter ex sociis legat, idcirco ad solum socium

Digitized by Google

totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est, qui per eum servum possit adquirere.

D. VII. 9. 10 (PAUL., *libr. VII respons.)* stabilisce che il legato di usufrutto del servo comune al condomino rende necessaria la *cautio usufructuaria* all'erede del disponente.

D. XXVIII. 5. 90 (89) (PAUL., *libr. II. manual.*) Si socius heres institutus sit ex asse et servo communi legetur pure sine libertate, hoc legatum non constitit. Plane sub condicione ei utiliter et sine libertate legabitur, quoniam et proprio servo ab herede recte sub condicione legatur. Quare etiam heres institui sine libertate ut alienus socio herede scripto poterit, quia et proprius cum domino heres institui potest (1).

---

(1) Cfr. *Inst.* II. 20. 32.

La asseverazione dell'Arndts *(Rheinisch. Mus.*, V. 223) accettata dal Glück, *Erläuterung* 39. 209) che *sine libertate* sia una interpolazione non si presenta sorretta da ragioni sufficienti per essere accettata, all'infuori di quella che a questo autore il sostenere la interpolazione è necessario per averne un argomento a dimostrare che in diritto giustinianeo nel caso in cui il condomino avesse istituito erede il servo comune senza dargli la libertà questi non poteva invocarla in base all'altra norma generale sancita da Giustiniano (C. VI. 27. 5) che per ottenere la libertà al proprio servo basta la istituzione in erede.

Die Worte *sine libertate* sind ohne Zweifel interpolirt: denn nach dem Pandektenrechte konnte das Vermächtniss ja auch alsdann nicht bestehen, wenn es für den servus communis cum libertate angeordnet war, indem alsdann das ge-

Digitized by Google

Se non che mentre nulla di particolarmente controverso era nell' applicazione delle norme espresse nei passi riportati, essendo esse il resultato logico dell'intrecciarsi, in uno stato giuridico di condominio, del principio indiscusso, che lo schiavo acquistava al *dominus* per mezzo dell'*iussus* di questi — ed è intuitivo che per il *dominus pro parte* acquistasse relativamente ad essa — con l' altro — se pure non troppo perspicuamente spiegabile — della capacità di essere istituito erede (1).

Maggiore interesse presenta invece, a mio modesto avviso, la ipotesi della manumissione accompagnata da istituzione in erede, per atto d' ultima volontà, da parte di un condomino sì per la più esatta determinazione storica della estensione del *ius adcrescendi*, sì per la conoscenza della vera portata delle innovazioni giustinianee, abolitive di quella norma. Ed è a tale proposito che la costituzione 1, C. VII. 7 assume la più grande importanza, come quella

---

setzliche Accrescenzrecht zu Besten des Socius eingetreten sein wurde.

Ma i giuristi, come si dirà innanzi (pagina 42) nel distinguere fra la istituzione del servo comune *cum libertate et sine libertate* avevano di mira la distinzione negli effetti in rapporto al trapasso di proprietà al socio *jure adcrescendi* o al trapasso di proprietà della quota al coerede (cfr. il passo di Ulpiano recato nel testo a pag. 11). Onde la base dell'argomento del Glück viene ad essere eliminata.

(1) cfr. Fadda, op. cit. pag. 272 segg.

Digitized by Google

che, conservando qualche ricordo delle antiche dispute, può servire a meglio sondare, dietro la sua scorta, le fonti; e, come punto di partenza della ricerca, avviare ad una esegesi di esse, per vero non ancora specialmente compiuta.

In communes servos eorumque libertates, et quando cuidam domino pars libertatem imponentis accrescit necne, et maxime inter milites qui huiusmodi imponunt libertatem, multa ambiguitas exorta est apud veteres iuris auctores. § 1 Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi, per quam idem imperator disposuit, necessitatem imponi heredi militis, comparare partem socii et servum libertate donare. 1a. Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio, partem suam socio suo vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatum est, quod et Sextus Caecilius, iuris antiqui conditor, definivit, socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur; quod et Marcellus apud Iulianum in eius Digestis notat, hocque et Marcellum, quum Iulianum notaret, rettulisse palam est. 1b. His itaque apud veteres iuris auctores inventis, decidentes tales

Digitized by Google

altercationes generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus, sed in omnibus communibus famulis sive inter vivos sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat, necessitatem habente socio vendere partem suam, quantam in servo possidet, sive dimidiam, sive tertiam, sive quantamcumque, et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente, alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi eius (licet ipse communis servus heres institutus sit), si hoc moriturus dixerit, ita tamen ut omnimodo ipse qui partes alias comparaverit, vel heredes eius libertatem imponant. Sin autem socius vel socii recusaverint pretium accipere, licentiam ei damus offerre hoc per publicas personas et sigillo impresso in aedem sacram deponere et sic habere facultatem servum libertate donare et eum habere plenissimam libertatem et civitate Romana perfrui et nullum timere ex sociis. Sibi enim imputent, si cum liceret lucrari pretium, hoc accipere differunt.

Seguono alcune disposizioni riguardanti il peculio (§ 3): e una lista dei prezzi legali de' servi, secondo la età ed il sesso e la professione (§ 5-5b).

La parte più importante è quella contenuta nel pr. § 1, § 1a; per esservi conservata notizia che la

Digitized by Google

innovazione giustinianea aveva precedenti in costituzioni imperiali di Severo e d' Antonino e nei *libri fideicommissorum* di Ulpiano e Paolo; e, ancora più addietro nel tempo, nelle note di MARCELLO a GIULIANO e nelle opere di C. AFRICANO; anzi anche le note di MARCELLO sembrerebbero essersi ispirate a una consimile opinione giulianea.

La questione dovea porsi sulla possibilità di una costrizione alla *redemptio* e di una costrizione alla vendita da parte del condomino, perchè ne derivasse piena libertà allo schiavo manomesso dall'altro condomino. Di ciò dà conferma il § 1: per i militari Severo: *disposuit necessitatem imponi heredi militis*; e il § 1a riferisce che per i non militari Antonino e Severo disposero che: *generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio suo vendere.... pretio.... arbitrio praetoris constituendo.* Ma mentre nel § 1 si ha riguardo soltanto alla manumissione per atto d'ultima volontà, può nascer dubbio sulla portata di quel *generaliter* della costituzione di Severo e Antonino; se cioè essa si rapportasse ad ogni sorta di manumissione parziale. *Generaliter* in altri termini può riferirsi complessivamente: a) alla riconosciuta necessità della *redemptio* nelle parziali manumissioni *inter vivos* — sia nelle forme onde s'acquistava la cittadinanza romana, sia nelle altre non solenni — b) alla *manumissio testamento* — c) alla manumissione fedecommessaria. Ma potrebbe anche

Digitized by Google

denotare che la norma da applicata ch' era soltanto alla manomissione fedecommessaria dei militari, fu estesa ai privati.

La ipotesi a) deve scartarsi, benchè sia affermata dal PFAFF, *Ein Beitrag zur Lehre vom favor libertatis* (Wien 1894), 22. Il quale per non aver fatto oggetto delle sue ricerche la presente questione particolare, ha potuto concedere alla parola giustinianea un valore che contraddice alle fonti genuine di ULPIANO e di PAOLO e ai cosidetti frammenti di DOSITEO (cfr. pag. 6 n. 3), le quali che non si debbano riferire alle forme di manumissione *inter vivos* non è a dubitare (1). Invero la costituzione di Severo e Antonino, se così generale, avrebbe mutato addirittura lo stato del diritto anteriore sostituendo la *redemptio* coatta al *ius adcrescendi* verificantesi *ipso iure* per il fatto della manumissione; e sarebbe impossibile il dar ragione delle affermazioni ulpianea e paulina, le quali sono, si noti, cronologicamente contemporanee e posteriori alle pretese generali innovazioni di Severo e Antonino.

Una riconferma rilevasi da uno scolio dei Basilici, dove si parla dello stato antico del diritto in con-

(1) Ivi (l. c.) sta scritto: ganz allgemein heisst; sed et alia... imponatur. Die besondere Willensmacht, die der alte Römer als testator gehabt haben soll, bleibt hier ausser Spiel. Ausdrücklich ist auch von der Freilassung vindicta, also unter Lebenden die Rede (!).

Digitized by Google

fronto con il nuovo: 48. 14. 4. Schol. *εἴτε ζῶν ἐλευθερώσει*] *Ἐπειδὴ οἱ παλαιοὶ περὶ μόνης τῆς ἐν διαθήκῃ καταλιμπανομένης ἐλευθερίας ἔλεγον, αὕτη ἡ διάταξις λέγει καὶ περὶ τῆς παρὰ ζώντων παρεχομένης ἐλευθερίας*; e da THEOPH., *Paraphr.*, II. 7. 4:

Ζητῶν δέ τις παλαιότερον καὶ ἄλλον εὑρήσει τρόπον ἐννόμου κτήσεως· οὗτος δέ ἐστιν ὁ τῆς προσαυξήσεως. ἐγίνετο δὲ τοῦτον τὸν τρόπον· Πατρῖμος καὶ Τίτιος εἶχον ἐπίκοινον οἰκέτην· ὁ Πατρῖμος παρὰ γνώμην Τιτίου κοινὸν ἠλευθέρωσεν οἰκέτην βινδίκτᾳ, ἤγουν ἐπὶ ἄρχοντος. Ἐκέλευσεν ἡ πολιτικὴ νομοθεσία ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος, μὴ μόνον τὸν Πατρῖμον οὐδὲν ποιεῖν μηδὲ τὸν οἰκέτην ἀπαλλάττειν τῆς δουλείας, ἀλλὰ καὶ ἀπολλύειν, ὅπερ ἐπ' αὐτῷ μέρος εἶχε δεσποτείας· ἀπολλύμενον δὲ τοῦτο ἐπὶ τὸν Τίτιον ἔρχεσθαι δικαίῳ προσαυξήσεως καὶ ἐξ ἀποτελέσματος μόνον Τίτιον γίνεσθαι αὐτοῦ δεσπότην.

Nè, per quanto si scrutino le fonti, potrebbesi rinvenire indizio favorevole a un' opinione affermativa.

IULIAN., *libr. V ex Minicio.* (D. XL. 12. 30). Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber, altero servus iudicatus est, commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget, Sabinum refertur existimasse duci debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum. Et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri. || Commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum

Digitized by Google

esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitratu victori suo praestare.

Questo passo evidentemente non è tutto fattura di GIULIANO (1) e se n'ha la presunzione fondata, e come la

---

(1) Giuliano avrebbe mai scritto nello stesso luogo un *commodissimum*, superlativo, decidendo in un senso, poi un *commodius*, comparativo, decidendo in un altro? La proposta del MOMMSEN (*Dig. ad. h. l.*), accolta, dubitativamente, anche dal Lenel (IUL. 875), che vorrebbe inserire un «*Iulianus notat*» innanzi a *commodius*, non sembra accettabile.

Per decidere se l' ultimo periodo appartenga o meno a Triboniano, anche senza voler dare soverchio valore probatorio al criterio linguistico che nulla risente dello stile dei giuristi giustinianei (è passato perfino inosservato all'orecchio scrupoloso del Fabro!), metterei innanzi — a sostegno dell'opinione negativa, un argomento che — come basato sovra elementi di comparazione — potrebbe aver qualche valore. La *aestimatio* in D. XL. 12. 30 è lasciata alla determinazione di un *bonus vir*: ciò non troppo perspicuamente si comprende dopo che Giustiniano aveva stabilito una tabella o elenco dei prezzi degli schiavi, secondo l'età, il sesso, l'arte esercitata (C. VII. 7. 1 § 5-5-c); elenco che — ripetendo suo valore dalla legge — sarebbe stato probabilmente richiamato dai compilatori, se avessero aggiunto o se avessero modificato il passo, appartenente ad un giurista classico. Il quale che sia Marcello, come senz' ombra di dubbio sostiene ripetutamente il CUIACIO (*op.* VI, 468; IV. 1204; però in II. 395/96 affermasi che la regola della costituzione giustinianea sia stata tradotta *ad speciem* nella legge in questione, propendendo così a ritenere: «*commodius.... praestare*» fattura dei compilatori. OSIO AURELIO (OTTO, *Thes. jur. rom.* III. 798) assevera: verisimile est Marcellum hoc aliquando adnotasse ad Iulianum.....) non è sicuro; essendo giusta la osservazione del BUHL (*Salvius Iulianus* (Heidelberg, 1886, 216) che potrebbe attribuirsi anche ad Africano, il nome del quale ri-

Digitized by Google

prova certa, nella stridente contraddizione fra il principio enunciato con sì grave fermezza e critica di una eventuale opinione che ammettesse la possibilità di un libero schiavo — mentre è adottato il modo di vedere di SABINO e di CASSIO non troppo favorevole alla libertà, — e la ripresa: *Commodius autem..... praestare*, con la quale si nega il principio giuridico sostenuto ed accolto poche parole innanzi: contraddizione che male si addice alla esattezza e correttezza proprie del più geniale giureconsulto dell'età classica. Se debba riferirsi, o non, a TRIBONIANO è difficile ma non impossibile decidere (1): deve ritenersi però certo che il caso che si presenta e chè si volle deciso dall'annotatore di GIULIANO, MARCELLO, o da C. AFRICANO (da chi ammise che il luogo appartenga a un giurista classico), appunto per essere un caso specialissimo in tema di giudicati contradditorî (2), nulla toglie di valore alla norma generale;

---

torna nella costituzione giustinianea. Del resto questi richiami neppure son resi certi dalla corrispondenza del caso deciso dalla l. 30 D. XL. 12, con quello al quale la c. 1. C. VII. 7 riferisce la decisione di Marcello (e Africano) riguardante propriamente la manomissione fedecommessaria del servo comune.

(1) Cfr. la nota che precede.

(2) Una legge Petronia stabilì che in caso di diversità d'opinione dei giudici, verificandosi parità si pronunciasse *pro libertate*. HERMOGENIAN., in D. XL. 1. 24. cfr. PAUL., in D. XLII. 1. 38. pr.

Digitized by Google

benchè, in realtà, rappresenti pur sempre una decisione fondata sul *favor libertatis.*

Altra fattispecie è in D. XXIX 5. 16 (MARCELL., *libr. XII digest.)* Domino a familia occiso, servus communis necem eius detexit: favore libertatis liber quidem fieri debet, pretii autem partem sibi contingentem socium consequi oportet.

Come in questo caso la libertà è accordata *ex lege* cioè a dire è la legge che, a fine di premio (1), dichiara libero il servo da tutte le quote di condominio contemporaneamente, onde, per essere tolta qualsiasi opposizione d' interessi, non può esistere opposizione di volontà da parte dei condomini non appartenenti alla famiglia dell'ucciso; così neppure in quel primo caso è possibile la contrastante volontà di un condomino, che possa eventualmente opporsi, alla manomissione per la sua quota; volontà che merita tutela giuridica, come quella che si basa sovra il diritto di proprietà e che forse costituì la causa originaria economico-sociale dell' introduzione dell' *ius adcrescendi*: è la legge che impone nel caso particolare: il *favor libertatis* fondato su ragioni di umanità, in altre parole, non era ancora sì forte da superare e vincere in ogni caso la considerazione in

(1) Il caso del servo istituito erede e libero sotto condizione che scopra la uccisione del *dominus* vedi in D. XXVIII. 5. 91 (90).

Digitized by Google

cui dovevano tenersi le eventuali opposizioni del proprietario non manumittente.

Il Mitteis (pag. 255) restringe con molto rigore la portata delle costituzioni citate da GIUSTINIANO al caso di manumissione fedecommessaria, per due ragioni: 1°) il richiamo delle opere sui fedecommessi di ULPIANO e di PAOLO; 2°) la espressione: *licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat;* questa — a me sembra — più decisiva dell' altra, che ripete suo valore unicamente da una ragione esterna, formale. Del resto una breve considerazione del § 1 consolida l'ipotesi: sì per esservi determinata la necessità di *comparare partem socii* nell' erede, ciò che meno bene, per il periodo classico, si comprende nella manomissione testamentaria — sì perchè la *donatio libertatis*, che procede da parte dell' erede, corrisponde esattamente al principio che nelle manomissioni fedecommessarie il servo diventa liberto dell' onerato.

Ne risulta, tenuto conto della 2ª ragione addotta dal Mitteis, un più probabile e preciso, e ristretto ad una limitata generalizzazione, significato del *generaliter* seguente; tanto meglio se anche s' abbia riguardo a quanto si osservò che almeno per la manumissione *inter vivos* male si comporterebbe la innovazione di SEVERO e ANTONINO con la norma contraria da ULPIANO e da PAOLO tramandata come in vigore ai lor tempi.

Digitized by Google

Ma in che modo ed in base a quale dei principî giuridici sui fedecommessi, si addivenne alla norma della coazione a vendere la quota di condominio?

La ammessa possibilità di lasciare per fedecommesso anche le cose altrui, che l' onerato era in obbligo di prestare o *redemptae* o *aestimatae* (GAI., II. 261-264; ULP., XXV. 5; PAUL., IV. 1. 7) necessariamente non dovè far sembrare antigiuridico un fedecommesso di libertà del servo comune, relitto da un condomino, poichè appunto la volontà di questi, diretta a onorare della libertà un servo ch'era in parte anche proprio, obbligava l'erede o il legatario a riscattare le quote di proprietà degli altri condomini, le quali bene costituivano un *alienum* redimibile, se pure non convertibile nel prezzo della *aestimatio* (arg. da GAI., II. 265).

Sotto questo aspetto apparì con tutta probabilità ai giuristi classici — dappoichè è certo, dalle indicazioni giustinianee, ch' essi in qualche modo non ammisero il *ius adcrescendi* per la manumissione fedecommessaria — che cioè quando il condomino avesse relitto un fedecommesso: *Stichum servum* (il s. comune) *rogo ut manumittas,* s' intendesse aver voluto che Stico ottenesse la piena libertà con la *redemptio* delle altre quote. Invero un fedecommesso: *Stichum servum rogo ut manumittas ex parte mea* aveva in sè una contraddizione con la istituzione stessa, poichè ben sapeva il disponente

Digitized by Google

che non sarebbe stata valida la manumissione parziale operata dal fiduciario. Anche in questa contraddizione però la giurisprudenza dovè proteggere, perchè più rispondente alla presunta ragionevole volontà, la istituzione fedecommessaria come rivolta alla manumissione integrale.

La regola su l'obbligo della *redemptio* è in Gai., II. 262. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius solvere, sicut iuris est et si per damnationem aliena res legata sit: sunt tamen qui putant si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati (cfr. D. XXXII. 14. 2.)

Ma per il servo non era ammessa la prestazione dell'*aestimatio*. GAI., II. 265. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet: quod si dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissaria libertas quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.

ULP., *Frag.*, II, 11. Alieno servo per fideicommissum data libertas si dominus eum iusto pretio non vendat extinguitur libertas quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.

PAUL., D. XL. 5. 31. 4. Si is cuius servus est nolit eum vendere ut manumitteretur, nullae praetoris partes sunt: idem est et si pluris iusto vendere velit. Sin autem certo quidem pretio, quod non

Digitized by Google

prima facie videtur esse iniquum, dominus servum vendere paratus est, is vero, qui rogatus est manumittere, immodicum id esse nititur, praetoris partes erunt interponendae, ut iusto pretio volenti domino dato libertas ab emptore praestetur. Quod si et dominus vendere paratus sit et servus velit manumitti, cogendus est heres redimere et manumittere nisi dominus velit servum manumittere ut actio sibi pretii in heredem detur: idque faciendum est etiam, si heres latitet: et ita imperator Antoninus rescripsit.

Come si rileva, una completa regolazione di casi possibili a verificarsi.

Se si ammetta che l' obbligo alla *redemptio* incombeva all'onerato anche nel caso del servo comune, non dovrà trovarsi difficoltà ad ammettere che le norme contenute nel fr. citato si applicavano anch' esse; cioè che consenziente il condomino per un prezzo non iniquo l'onerato era costretto a redimere e a manomettere. Ed era pur sempre una norma generale del fedecommesso di libertà. Però tale possibile comunanza di norme non si riscontra in rispetto all'obbligo del condomino, che sia tenuto ad alienare la sua quota di proprietà del servo comune.

Chè mentre per norma generale la mancata alienazione estingueva il fedecommesso, l'obbligo di vendere la propria quota di condominio ad estimazione del pretore, quando si trattasse di servo comune, dimostrerebbe come nella fattispecie si fosse deviato dalla

Digitized by Google

regolazione giuridica generale già dai tempi di GIULIANO, AFRICANO e MARCELLO.

Se non che è lecito — a mio avviso — dubitare di una così larga portata delle dottrine della giurisprudenza, per la seguente ragione, che si presenta decisiva. Se realmente dai tempi di GIULIANO, AFRICANO e MARCELLO il socio fosse stato obbligato sempre ed in ogni caso di manomissione fedecommessaria del servo comune a cedere dietro compenso la quota di sua proprietà al fiduciario perchè manumettesse il servo, come si potrebbe spiegare plausibilmente che una costituzione di SEVERO avesse ciò accordato per gli schiavi comuni dei militi (1) — i quali sono sempre i primi a fruire delle innovazioni; e nel caso nostro la costituzione avrebbe introdotto per essi quel ch'era normalmente in vigore per opera della giurisprudenza —; e poi un' altra costituzione di SEVERO e ANTONINO avesse tolto una differenza tra i militi e i privati estendendo a questi il trattamento in vigore per quelli (ciò che sarebbe stato anche l' incontroverso d.° anteriore!)?

---

(1) Le cause, che suggerirono tale regolazione a SEVERO furono con ogni probabilità: da un lato il desiderio di favorire la volontà dei militi espressa nel fedecommesso; dall'altro un sentimento umano verso gli schiavi, che induceva a facilitar loro l'acquisizione della libertà.

Una strana ragione n'è data invece da TALELEO in uno scolio dei Basilici [XLVIII. 14. 4. schol. *Θαλελαίου*].

Digitized by Google

Che MARCIANO abbia riferito nelle sue istituzioni

Ἔγνωμεν καὶ ἐν τοῖς ἰνστιτούτοις, ὅτι τὸ παλαιόν, ἐάν τις κοινωνὸς ἠλευθέρωσε τὸν ἐπίκοινον δοῦλον, προςετίθετο τῷ ἄλλῳ κοινωνῷ τὸ μέρος τῆς δεςποτείας αὐτοῦ· τοῦ δὲ κανόνος λεγόντος, ὅτι τοῦτο περὶ Ῥωμαικῆς πολιτείας εἴρηται, προνόμιον εἶχον οἱ στρατιῶται, τὴν οἱαν δήποτε ἐλευθερίαν παρ' αὐτῶν διδομένης πολίτας Ῥωμαίους ποιεῖν, ὥστε παντὸς γίνεσθαι τὴν προςαύξησιν. εὑρίσκετο γὰρ τὸ παρ' αὐτῶν γινόμενον κατὰ τῆς αὐτῶν δεσποτείας, καὶ ἠμφέβαλον οἱ νομικοὶ περὶ τούτου.

Didicimus etiam in Institutionibus, si quis socius servum communem manumisisset, olim alteri socio partem dominii eius adcrevisse. *Cum autem diceret regula, hoc dictum esse de civitate romana, privilegium milites habebant, ut quaecunque libertas ab eis data cives romanos faceret, ita ut toti socio accrescerent.* Inveniebatur enim, ut quod favore eorum fieret, in perniciem domini eorum verteretur, deque eo dubitabant iurisconsulti.

(Heimbach.)

Taleleo ammette che tra i privilegi goduti dai militari al tempo dei Severi fosse anche quello di far acquistar sempre la cittadinanza romana con ogni modo di manumissione; giacchè egli dice (con il pensiero alla distinzione d'effetti tra manumissione parziale nelle forme solenni e non solenni: cfr. i passi citati a pag. 6 n. 3), che, siccome i militari manomettendo facevano sempre acquistare la cittadinanza romana, ne derivava loro danno, perchè sempre accrescevasi la loro quota al socio. Onde la costituzione di Severo. Ma tale spiegazione, che parte da un' affermazione incertissima, per non dire assolutamente improbabile, mancando di ogni controllo nel silenzio delle altre fonti sui modi di manumissione e loro effetti, si presenta assai speciosa e poco soddisfacente. L'acuto giurista giustinianeo, per troppo acuire lo sguardo, non ha bene veduto.

Digitized by Google

la costituzione di SEVERO, sta bene; che ULPIANO (1) e PAOLO in luoghi dei loro libri sui fedecommessi, a noi non pervenuti, abbiano riportato le costituzioni di SEVERO e ANTONINO CARACALLO — ed essi potevano,

---

Infatti secondo quanto egli dice, i militari si sarebbero trovati indubbiamente in una condizione diversa e peggiore dei privati in quanto *alla perdita patrimoniale*, che derivava dal verificarsi sempre dell'accrescimento. Ma come ciò avrebbe costituito una ragione sufficiente per introdurre una legge, che *facesse acquistare la libertà al servo?* Forsecchè in tal modo non si verificherebbe lo stesso la perdita patrimoniale dello schiavo (poichè è a questa che allude lo scolio e non alla eventuale perdita dei diritti di patrono)? E poi non sarebbe stridente l'assoluta non rispondenza dello scopo ai motivi?

(1) Del libro VI sui fedecommessi di ULPIANO non è conservato alcun passo che riguardi la ipotesi della manumissione fedecommessaria del servo comune. Si può citare come caso analogo, in cui è deciso favorevolmente alla libertà, D. XL. 5. 30. 6 (ULP., *l. V fideicommiss.*) « Si plures heredes sunt instituti et inter eos qui fari non potest, sed non ipse rogatus sit servum manumittere, non oportere intercidere libertatem ob hoc quod coheredibus suis vendere eum infans non possit: et extat quidem senatus consultum Vitrasianum (*unter Hadrian.... vielleicht.* KRÜGER, *Gesch.*, 84 n. 25); sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, iusto pretio aestimentur; atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur. Hi autem qui eos manumiserunt, pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit ». Qui non si tratta evidentemente di un servo che il testatore ha comune con un socio, ma di un servo ereditario che viene a spettare in comune agli eredi. Se il testatore ha rogato di manomettere il servo suo, ma non ha rogato uno degli eredi, *qui fari non potest*, gli altri eredi sono ob-

Digitized by Google

invero, riportare la riforma compiuta — ed abbiano pure riferito le opinioni di MARCELLO e di AFRICANO, sta bene. Ma ciò non toglie alcun valore alla fatta osservazione, anzi ne induce a ricercare quale poteva essere, per avventura, la portata delle idee di questi giuristi. Tanto più che non è irragionevole e impossibile il dubitare che GIUSTINIANO, avendo trovato in ULPIANO e PAOLO la menzione delle antiche dottrine più ristrette e le nuove dovute alle costituzioni, alle quali egli ispirava la sua riforma, poco si credesse obbligato a darne un fedele resoconto, distinguendo con esattezza ciò che si doveva alla giurisprudenza e ciò che si doveva all'autorità imperiale.

E, a mio avviso, la traccia della ricerca si rinviene in quel «*licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat*», che è chiaro essere stato l'ultimo gradino della riforma.

La frase significa: anche se non sia il socio a

---

bligati a redimerne la parte. E fu deciso che non rilevasse a danno della libertà il fatto che colui *qui fari non potest*, non può alienare; chè a questo proposito un senato consulto e un rescritto di Antonino Pio ammisero non solo la alienazione, ma anche il diritto al prezzo di stima della quota di proprietà del servo manumittendo dagli altri eredi.

Un caso consimile vedi in D. XL. 5. 31. 1 (PAULUS *l. III fideicomm.*): Cum intestato moriturus fidei filii commisisset ut servum manumitteret, et postumus ei natus fuisset, divi fratres rescripserunt libertatem quia dividi non potest ab utroque prestandam.

Digitized by Google

lucrare dalla sostanza del socio che lascia il fedecommesso; in altre parole: anche se a lui non sia lasciata una somma per eseguire il fedecommesso manumettendo, nel quel caso il fiduciario è il socio stesso, ch'è tenuto a prestare la libertà (1). E' evidente, d'altronde, che se il disponente avesse lasciato una somma al socio senz'onerarlo del fedecommesso, ciò poco avrebbe influito sul suo obbligo a prestare o non la *redemptio* all'onerato. Un passo di Ulpiano D. XL. 5. 24. 12 conserva un' opinione di MARCELLO sull'obbligo di redimere da parte del fiduciario:

Si quis alienum vel suum servum rogatus sit manumittere et minus sit in eo quod accepit iudicio testatoris, plus sit in pretio servi an cogatur vel alienum redimere vel suum manumittere videndum est. Et Marcellus scripsit, cum ceperit legatum cogendum omnimodo suum manumittere; et sane hoc iure utimur ut multum intersit, suum quisque rogatus sit manumittere an alienum: si suum cogetur manumittere etiamsi modicum accepit; quod si alienum non alias erit cogendum quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit.

---

(1) Non deve recar meraviglia che nel resoconto della innovazione di SEVERO sia detto :... « per quam idem imperator disposuit necessitatem imponi heredi militis, comparare partem socii et servum libertate donare ». Giustiniano non è stato esatto: fu il condomino che venne costretto a vendere. Più esatto è nel riferire la costituzione di SEVERO e ANTONINO.

Digitized by Google

La coazione a prestare la libertà ai tempi di MARCELLO era ammessa se si lucrasse dal defunto: questa norma ben potevasi, senza far strappo al sistema, applicare al caso del servo comune, quando il disponente avesse rogato il fiduciario di manomettere e questi fosse stato il condomino.

Il costringimento alla prestazione della libertà, in altri termini, nel caso del servo comune, era ammesso dalla giurisprudenza classica quando il fiduciario fosse egli stesso il condomino, *qui ex substantia socii morientis lucrum faciebat.*

In tal caso meglio si comprendono le innovazioni delle costituzioni, che estesero l' obbligo di vendere anche ai casi in cui al socio *nihil lucri ex substantia socii morientis.... accedat,* prima per i soldati, poi generalmente per i privati. Ciò significava non soltanto l'obbligo nel fiduciario che fosse il condomino di prestare la libertà, — secondo, del resto, le norme generali — ma nel condomino sempre ed in ogni caso l' obbligo di vendere secondo il prezzo, che stabiliva il pretore.

Si giungeva così all'abolizione — per il servo comune — della norma generale dei fedecommessi di libertà:

Si is cuius servus est nolit eum vendere ut manumittatur nullae praetoris partes sunt (cfr. pag. 24); norma che — valida ai tempi di ULPIANO (*Frg.* II. 11) sì che il fedecommesso si estingueva — fu abolita

Digitized by Google

solo da Giustiniano, e modificata favorevolmente alla libertà. Cfr. C. VII. 4. 6.

Deberi etiam alienae ancillae fideicommissariam libertatem placuit, nec deficit hoc debitum si interim domina, [si modo nihil ex iudicio eius, qui quaeve reliquit libertatem percepit, noluit vendere, quia possit tempore procedente ubicumque occasio redimendae ancillae fuerit praestari libertas] (1).

Rettamente interpretato conviene con quanto si è detto un passo del libro 42 dei Digesti di GIULIANO: D. XL. 5. 47. 1:

Si, cum alienum servum heres rogatus sit manumittere, item communem vel eum, in quo ususfructus alienus est (2), latitet, non inique senatusconsulto libertatibus succurretur.

---

(1) La costituzione originaria fu trasmutata dai compilatori (cfr, *Inst.* II. 24. 4 in rapporto a GAI., II. 265). Nel d.° del tempo dei Severi la negata vendita da parte del proprietario del servo estingueva il fedecommesso, come rilevasi da ULP., *Frg.* II. 11 e PAUL., D. XL. 5. 31. 4.

(2) Il *dominus proprietatis* se lasciava un fedecommesso di libertà al servo, il fiduciario era tenuto a redimere l'usufrutto, sempre però che l'usufruttuario avesse aderito alla vendita: in caso contrario il servo diventava *servus nullius*. (Cfr. *Frag.* DOSITH. 11; ULP. I. 19; C. VII. 15. 1. pr; 2*b* dov'è cenno dell'antica norma). GIUSTINIANO con una costituzione del 530 (C. VII. 15. 1 citata) stabilì: I°) il servo diviene libero se il proprietario e l'usufruttuario convengono nella dazione della libertà. Ciò dovette essere in vigore anche nel diritto classico; e presunzione favorevole n'è data dalle decisioni d'altri casi. D. VII. 4. 15: Interdum proprietarius ad libertatem

Digitized by Google

Il senatoconsulto che si richiama qui è il IUNCIANO (a. 127, d. C. (cfr. KRÜGER, *Geschichte d. Quellen u.*

---

perducet, si forte ususfructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere estinguetur usurfructus. D. 40. 4. 6: Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit et servo sub condicione sit libertas data, quoniam interim fit heredis, confusione facta ususfructus si extiterit condicio, perveniet ad libertatem. La libertà piena, come si vede, si raggiungeva anche per l'effetto di un fatto estraneo e diverso dalla concorrenza delle due volontà nella dazione della libertà, del *dominus* e del fruttuario: come ad es. il verificarsi di una condizione.

II°) il servo manomesso dal proprietario senza il consenso dell'usufruttuario diventa liberto del proprietario: rimane però presso l'usufruttuario *quasi servus* fino alla morte sua o alla estinzione legittima dell'usufrutto. Non è impedito però di acquistare: se muore, *vivo fructuario*, la sua eredità si trasmette per *legitimum tramitem*.

III°) Se il servo è manomesso dall'usufruttuario: a) se è manomesso in modo che l' usufrutto vada al proprietario, questi diviene *dominus plenus*: b) se è manomesso con volontà di liberarlo realmente, non divien libero dacchè è proprietà del *dominus*. Nondimeno GIUSTINIANO adotta una via equa disponendo che, finchè l'usufruttuario è in vita o finchè dura l'usufrutto non debba *observare proprietarium et quaedam ministeria ei adimplere; sed iudices nostri eum in quiete tueantur*. Però con la morte dell'usufruttuario o con la estinzione del suo diritto, diventa, diremo — come è già per ciò che riguarda il *ius proprietatis* — servo attivo del *dominus*.

Una costituzione di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO (293 d. C.) C. III. 33, 9 afferma la nullità di qualsiasi tradizione o manumissione del servo in usufrutto da parte dell'usufruttuario: « Usufructu matri tuae praediorum et mancipiorum relicto tam alienatio quam manumissio interdicta est. Sane mancipia quorum testamento ministerium matri relictum est, cum in his dominium non habet, nec tradendo cuiquam nec ma-

Digitized by Google

Litt. d. Röm. Rechts. (Leipzig, 1888) 168) conservato nella l. 28 § 4 D. XL. 8 (ULPIANUS, *libr. V fideicomm*). Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet factum est senatus consultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: placere si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit isque adesse negabitur praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumitti deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris est, quod esset, si ita, ut ex fideicommisso manumitti debuisset, manumissus esset.

Il pretore si sostituiva al fiduciario — che si fosse assentato per non manomettere — in tutti i casi in cui, se fosse stato presente, avrebbe avuto l' obbligo di manomettere (nell'ipotesi del servo comune quando il condomino fosse il fiduciario).

Il passo messo in relazione con l'altro di GIULIANO è, di più, una prova che si applicavano al fedecommesso di libertà del servo comune le stesse norme che per i fedecommessi di libertà dei servi alieni.

* * *

Un' altra questione è a decidersi — un po' più largamente ricercando le fonti di quello che si sia già fatto — se cioè fu mai riconosciuta valida la

Digitized by Google

diretta dazione della libertà per testamento, da parte di un condomino, al servo comune.

Da noi il Cantarelli in un suo articolo inserito nell'*Archivio giuridico* (1) e il Doveri (2) sembrano estendere il disposto delle costituzioni di SEVERO e ANTONINO anche a questo caso: così pure l' Accarias (3) e il Pfaff (4) e ancora il Voigt (5).

---

numittendo ad testatoris heredem pertinentia quicquam facit. Ancora cfr. una costituzione di VALERIANO e GALIENO (260) dello stesso tenore (C. VII. 10. 4).

(1) *I Latini Iuniani. Contributo alla storia del diritto latino.* Cfr. *Archivio giur.* XXX. 62-64.

(2) *Istituzioni di diritto romano.* (Firenze 1966) I. 22.

(3) *Précis de droit romain* (Paris 1879) I, 148.

(4) *o. c.* l. c.

(5) *Römische Rechtsgeschichte* (Stuttgart 1902) II, 495 n. 89: « Bei manumissio des servus communis seitens des Miteigenthümers traten zwei Ansichten auf: nach der einem ging das antheilige Recht an den Sklaven unter, ohne dass derselbe die Freiheit erlangte: *fr.* DOSITH., 10. ULP., 1. 18; PAUL., *Sent.* IV. 12. 1; nach der anderen ward dadurch der Miteigenthümer verpflichtet, seinen Antheil dem Sklaven selbst zu verkaufen. Afr. u. Marc. nach Iustin. in Cod. VII. 7. 1 § 1a. Diese letzere Ansicht sanktionnirte eine Constitution von Severus u. Caracalla. Iustin. l. c. vgl. D. XXVIII. 6. 18 pr.

Non è difficile cogliere il Voigt in contraddizione con sè stesso. A parte la giustezza dell'affermazione che il *ius adcrescendi* nella manumissione testamentaria non era ammesso da AFRICANO e MARCELLO, non troppo bene si comprende come si concilii la opinione che ULPIANO ammettesse il *ius adcrescendi* con la citazione di D. XXVIII. 6. 18 pr. appartenente ad ULPIANO, dove si nega — dato che il Voigt non dubiti, come dimostra il fatto della citazione, dell'autenticità — il *ius adcrescendi.*

Digitized by Google

L' argomento unico è desunto dalla costituzione giustinianea, che accenna alle innovazioni imperiali: per il Voigt anche da D. XXVIII. 6. 18, un passo che va sotto il nome di ULPIANO. (*libr. XVI ad Sabinum*).

Altro argomento avrebbero potuto rinvenire nello scolio di TALELEO conservato nei Basilici e riportato a pag. 17, come quello che parla genericamente di *ἐν διαθήκῃ καταλιμανπομένη(ς) ἐλευθερία(ς)*.

Se non che quest'argomento al quale sembra che avrebbe potuto darsi qualche valore dimostrativo in quel senso, cade sia di fronte alla parola stessa di GIUSTINIANO che nelle Istituzioni (II. 7. 4) afferma dell'antico *ius adcrescendi*: « si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem imposuit vel vindicta vel testamnto, eo casu pars eius amittebature et socio adcrescebat »; sia di fronte ad un altro passo delle *Sententiae* pauline, dimenticato dalle fuggevoli negazioni di una possibile diretta manumissione parziale testamentaria.

Rec. Sent. III. 6. 4. Communi servo cum libertate et sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris acquiritur.

Il legato di libertà, almeno nelle forme dirette, si confondeva con la dazione diretta di libertà (vedi Ferrini, *Pandette*, p. 812): come PAOLO avrebbe potuto enunciare questa regola se le costituzioni di SEVERO e di SEVERO e ANTONINO avevano già riformato lo stato del diritto? ·

Digitized by Google

Di più GIUSTINIANO nella c. 2 C. VII. 7 (530, datata *XV Kal. dec.* e quindi posteriore alla c. 1 C *eod.* datata *Kal. Aug.)* dà norme per il legato di libertà e richiama quelle generali già sancite (1):

Cum apud omnes iuris peritos hoc placitum est, ut servus communis apud unumquemque dominum partim sit proprius partim alienus, ut ex hac causa possit et ipse legato honorari et ipse legari, huiusmodi incidit quaestio. § 1. Duo vel plures domini communem servum habebant, sed unus ex his ipsi servo suam partem quam in eo habebat legavit; et semel accepta dubitationis occasione hoc vetustas in magnum extollit certamen. § 2. Cum igitur nos sensum huiusmodi legati crebra indagatione adgredientes duplicem esse eum opinamur: aut enim putavit testator liberum fieri posse ex parte servum, qui huiusmodi legatum ei reliquit, aut, si hoc minime cogitavit, adfectu socii fecit, ut ei adquiratur..... in tali itaque comparatione nos, qui fautores libertatis sumus, sic ambiguam testatoris interpretamur voluntatem, tamquam si voluit eum libertate in suam partem donare.

GIUSTINIANO si limita ad affermare: « *hoc vetustas in magnum extollit certamen* »: nè probabilmente

(1) Perchè GIUSTINIANO abbia sancito in una costituzione a parte, la norma già con tanta larghezza espressa nel § 1b dell'anteriore costituzione (*sive inter vivos, sive in ultima dispositione*) anche per i legati, non si vede bene: forse per togliere qualsiasi occasione ai cavilli dei bizantini!

Digitized by Google

avrebbe potuto aggiungere — chè l'avrebbe fatto — accenni storici a costituzioni imperiali o a giureconsulti.

Se *certamen* vi fu — onde però non è conservata notizia: il passo di Paolo sembra quasi presupporre uno stato incontroverso nel diritto — tra i giuristi, potrebbesi pensare che si svolgesse a proposito della libertà data al servo comune per *legatum damnationis*, forma questa che — come il fedecommesso — non richiedeva la proprietà della cosa legata e obbligava l'erede alla *redemptio* (GAI. II. 202); e dell'estensione o meno ad esso delle norme stabilite da SEVERO e ANTONINO per la manumissione fedecommessaria.

La necessaria proprietà *ex iure Quiritium* del servo per la valida manumissione *testamento* (GAI., II. 267; ULP., I. 23) e la non assoluta proprietà dello schiavo in uno dei condomini fu causa precipua che impedì alla giurisprudenza di riconoscere possibile la manumissione parziale, nel senso ch'essa potesse condurre ad acquistare la piena libertà (sia per obbligo dell' erede, sia per fatto del servo stesso): chè ciò avrebbe assolutamente negato il principio.

Infatti nelle diverse fattispecie che si trovano decise nei Digesti da GIULIANO e da PAPINIANO, il servo comune — al momento dell' apertura della successione — è libero e capace di acquistare l'eredità come tale, sia a) perchè *redemptus* dal domino parziale prima della morte (erede necessario), o perchè redento

Digitized by Google

dal sostituito (erede volontario), in caso di sostituzione; sia b) perchè fu manomesso da entrambi o da tutti i condomini:

a) D. XXVIII 5. 6. 3
D. XXVIII 6. 18 pr. } vedi avanti pag. 40

cfr. D. XXIX 2. 66 (ULPIAN., *libr. LXI ad edict.)* Si servus communis vel uni ex dominis vel pluribus vel omnibus heres extiterit necessarius, nullius eorum hereditati se poterit abstinere.

b) D. XXVIII 5. 17 (IULIAN., *libr. XXX digest.*) Si servus communis sub condicione heres institutus vivo testatore libertatem consecutus sit, etiam pendente condicione testamentariae libertatis adire hereditatem potest.

D. XXVIII 5. 8 (IULIAN., *libr. II ad Urs. Feroc.*) Duo socii quendam servum communem testamento facto heredem et liberum esse iusserant: ruina simul oppressi perierant. Plerique responderunt hoc casu duobus orcinum heredem existere, et id est verius.

§ 1. Sed et si sub eadem condicione servum communem uterque socius liberum heredemque esse iussisset eaque extitisset, idem iuris est.

Un altro luogo, tolto dal libro *X quaestionum* di PAPINIANO (D. XL 4. 48) risolve, secondo l' opinione di Servio, il caso, in cui uno dei soci abbia manomesso per testamento il servo comune sotto la condizione che sia manomesso dal socio.

Si socius testamento libertatem ita dederit « Pam-

Digitized by Google

philus si eum socius manumiserit, liber esto », Servius respondit socio manumittente commune fieri libertum familiae atque manumissoris; neque enim novum aut incognitum est vario iure communi mancipio libertatem optingere.

Sarebbe piuttosto possibile che a qualche giurista, ad ULPIANO p. es., si affacciasse alla mente per la manumissione testamentaria parziale da parte di un condomino, una regolazione più consentanea al *favor libertatis*, nel senso non di affermare l'obbligo assoluto nel condomino a vendere la sua quota all'erede del manumittente o allo schiavo istituito erede e manomesso — come è la norma giustinianea —, ma di riconoscere al servo la possibilità di offrire al condomino o ai condomini il prezzo di riscatto della quota o delle quote, e ottenere — in caso di consenso — la libertà? A questa conclusione parrebbe che si potesse arrivare di su:

D. XXVIII 6. 18. pr. (ULPIAN., *libr. XVI ad Sab.*):

Si servus communis substitutus sit impuberi cum libertate, si quidem a patre familias fuisset redemptus erit impuberi necessarius: si vero ab impubere redemptus non necessarius sed voluntarius fit heres, ut Iulianus libro trigesimo digestorum scribit: *quod si neque a pupillo fuerit redemptus, aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi.*

La veduta del CUIACIO (*Opera*, II. 396; VI. 198),

Digitized by Google

che propose di attribuire il periodo « *quod si neque.... consequi* » alle note di MARCELLO a GIULIANO, ricordate nella c. 1. C. VII. 7, deve considerarsi come inaccettabile sia perchè bisognerebbe supporre — siccome il passo va sotto il nome di ULPIANO — che ULPIANO stesso, ritraendo l'opinione di MARCELLO, ne sopprimesse la citazione; sia - e più — perchè MARCELLO non potè avere in vista, come si disse, che speciali casi di manumissione fedecommessaria.

Se non che ULPIANO stesso ha nei *Fragmenta* XXII. 7 - 10: Servos heredes instituere possumus: nostros cnm libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate et sine libertate..... 10. Communis servus *cum libertate recte quidem heres instituitur* quasi proprius pro parte nostra, sine libertate autem quasi alienus propter socii partem.

Il *recte* se si riferisca anche a *cum libertate*, farebbe supporre che ULPIANO ammettesse possibile una *recta manumissio* diretta del servo comune per la propria quota, ciò che mirabilmente converrebbe con il passo dei digesti che pure va sotto il suo nome, e con quanto, come s'è detto, potrebbesi argomentarvi sopra.

Questa interpretazione, che prima ci si affacciò alla mente, non si presenta, a nostro stesso avviso, però, tale da poter essere propugnata.

Giacchè di questo passo di ULPIANO non è impossibile dimostrare convenientemente la ragione e la

Digitized by Google

portata riferendo il *recte* a *heres instituitur*; tanto più che mal si spiegherebbe come un giurista, nè pure soverchiamente innovatore e originale come ULPIANO, in un libro elementare, dopo avere enunciata la regola dell'accrescimento senza restrizioni a I. 18, in XXII. 20 affermasse una valida manumissione e istituzione in erede del servo parzialmente proprio in termini piuttosto sibillini.

Vi sono contrapposti o distinti gli effetti derivanti dall' istituzione in erede con la libertà e senza la libertà: nel 1° caso al condomino si acquista non solo la eredità, ma anche la quota di proprietà del manumittente; nel 2° se v' hanno coeredi la quota di proprietà passa ad essi (arg. da D. XVII. 2. 63. 9), ed al condomino l' eredità. Siccome, però, la distinzione come quella che si presenterebbe fatta solo per i casi in cui il servo istituito erede avesse un coerede non avrebbe una chiara espressione adeguata al concetto, meglio è pensare che ULPIANO, distinguendo, mirasse soltanto ad affermare che mentre la istituzione in erede del proprio servo senza la dazione della libertà era nulla (GAI., II. 185, 187; ULP., XXII. 11 - 12), la istituzione in erede del servo comune *sine libertate* era valida considerandosi fatta *ex persona condomini.*

Resta a dimostrarsi con altri argomenti che non siano quelli risultanti di per sè dello stato del diritto anteriore e contemporaneo, la alterazione in D.

Digitized by Google

XXVIII 6. 18 citato del periodo *quod si neque..... consequi*, ammessa dubitativamente dal Lenel (*Paling. ad* Ulp. 2546) e dal Mitteis (*l. c.* 255 n. 1), non ammessa dal Voigt *(l. c.)*, affermata dallo Scialoja, (*Successioni* 227).

L'argomento, addotto dal Lenel (l. c. n. 8), d'indole, direi, sistematica non presenta soverchia sicurezza appunto per la sua stessa indole. Egli sospetta il tribonianismo perchè: « *hoc loco quaeri non videtur quem admodum substitutus hereditatem possit consequi, sed utrum necessarius fiat an voluntarius heres* ».

Tale questione aveva già risolto lo stesso ULPIANO nel *libr. IV ad Sabinum* (sotto la rubrica *De testamentis.* Cfr. Lenel, ULP., 109) citando GIULIANO, del quale aveva certo nella mente il luogo citato anche più oltre nel libro XVI della medesima opera:

D. XXVIII. 5. 6. 3 - 4 *(De heredibus instituendis)*. (ULPIAN., *libr. IV ad Sabinum)*.

Si servum communem cum libertate dominus heredem scripserit et eum redemerit, necessarius efficietur. Sed si substitutus sit impuberi et partem redemerit impubes, necessarius non efficietur, ut Iulianus scribit. § 4. Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis datio codicillis adimi possit, apud Iulianum quaeritur. Et putat in eum casum, quo necessarius fieret, ademptionem non valere, ne a semetipso ei adimatur libertas; servus enim heres institutus a se-

Digitized by Google

met ipso libertatem accipit. Quae sententia habet rationem: nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi (1).

ULPIANO quindi in altro luogo poteva bene decidere, senza fare strappo a rigorosità di sistema, la ipotesi (che si presentava ovvia dopo avere enunciato gli effetti della *redemptio* del servo comune da parte del *dominus* disponente o dell' impubere) in cui la *redemptio* fosse stata compiuta nè dall' uno nè dall'altro.

Esatta è invece, a mio modo di vedere, la ragione accennata dall'illustre SCIALOJA, che da sottile accorgimento linguistico è indotto ad affermare essere la interpolazione evidentemente dimostrata dall' espressione « *aequitatis ratio suggerit* (*l. c.* pag. 227 n. 1).

Tale affermazione, benchè sembri dall'autore piuttosto fondata sull' uso di *ratio* insieme ad *aequitas* (2), ci ha spinto nondimeno a ricercare nelle fonti

---

(1) Per il § 4 cfr. lo stesso GIULIANO *(libr. XXIX digest.)* in D. XXVIII. 2. 13. 1: « Regula est iuris civilis, qua costitutum est hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit ».

(2) Invero in assai casi l' uso e l' abuso di *ratio* fa nascere il sospetto dell'alterazione. Cfr. gli esempi e gli autori citati dal Zanzucchi in *Archivio giuridico* LXXII, 205, n. 1. Può osservarsi però che, per la espressione *ratio aequitatis*, il suo uso non dimostra in via assoluta e indubitabile, il tribonianismo, poichè si trova in PAUL., *R. Sent.* V. 16. 1 e in *Frg. Vatic.* 306.

Digitized by Google

se, le quante volte s'incontri *aequitas* unita al verbo *suggerere*, debbasi affermare il tribonianismo; se insomma le espressioni *aequitas suggerit* o *aequitatis ratio suggerit* costituiscano un criterio diagnostico d'interpolazione.

Diamo qui una tabella dei verbi usati insieme ad *aequitas*:

(Vedi pag. seguente)

Digitized by Google

desiderare	*aequitas arbitri... videtur... desiderasse*	PAPINIANO	XLVI. 6. 12
efficere	*interdum aequitas exibitionis efficit ut.*	ULPIANO	X. 4. 3. 14
	rei aequitas efficit...	ULPIANO	XXXVIII. 6. 6
esse	*eadem aequitas est*	PAPINIANO	XXI. 2. 66. 1
	nulla restitutionis aequitas est....	PAOLO	IV. 5. 7. 3
	puto tamen eandem esse aequitatem	ULPIANO	*Frg. Vatic.* 198
	summae aequitatis est	MODESTINO	XXXIX. 5. 22
exigere	*aequitatis ratio exigit*	ULPIANO	XVIII. 4. 2. 3
	rei aequitas exigebat	SCEVOLA	XLIX. 1. 28. 2
habere locum	*aequitas contributionis habebit locum*	ERMOGENIANO	XIV. 2. 5. 1
inducere	*aequitas quae merum ius compensationis inducit*	PAPINIANO	XXVI. 7. 36
movere	*ubicumque iudicem aequitas moverit*	ULPIANO	XI. 1. 21
occurrere	*occurrit aequitas rei*	CELSO	XXXVII. 6. 6

Digitized by Google

ostendere	*ratio aequitatis ostendit*	PAOLO	*Rec. Sent.* V. 16. 1
pati	*aequitatis benignitas patitur*	MODESTINO	I. 3. 25
	computari aequitas non patitur	ULPIANO	X. 2. 50
	non enim aequitas hoc probare patitur	PAPINIANO	XXXI. 70. 1
	neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur	MARCIANO	XLVIII. 17. 1 pr.
poscere	*ubi aequitas evidens poscit subveniendum est.*	MARCELLO	IV. 1. 7 pr.
	ubi aequitas evidens poscit subveniendum est	MARCELLO	L. 17. 183 (= IV.1. 7. pr.)
postulare	*ut et ratio et aequitas postulabit*	MARCELLO	IV. 1. 7. 1.
suadere	*debere ei restitui aequitas suadet*	GAIO	III. 3. 46. 7
	aequitatis ratione suadente	PAPINIANO	XXVII. 3. 20 pr.

Digitized by Google

Senza citar qui luoghi dell' usitatissimo *aequum est*, altre locuzioni dei giuristi classici sono: *in aequitate consistere* (SCEVOLA) XLIV. 3. 14. pr.; *aequitate niti* (ULPIANO) L. 5. 1 pr.; *aequitatem sequi* (ULPIANO) XI. 7. 14. 13; *aequitatis ratione servari* (PAPINIANO) VI. 1. 48; *ex aequitate inhiberi* (ULPIANO) XXVII. 9. 10; *aequitatis ratione subnixum* (PAOLO) XXVIII. 5. 85 (84). pr.; *ex aequitate competere* (ULPIANO) L. 8. 2. 9; *aequitatem admittere* (ULPIANO) L. 15. 4. 1; *aequitas spectanda est* (PAOLO) L. 17. 90.

Frasi pure usitatissime sono: *secundum rei aequitatem*; *ex aequitate.....*; *sententia (res) habet aequitatem*; *conveniens..... aequitati* (GAIO) XLI. 1. 9. 3; *aequitate tueri* (ULPIANO) XVII. 1. 8. 8.

Queste sono le locuzioni usate dai giuristi classici nei Digesti per rendere il concetto che la regolazione di un rapporto in un certo determinato modo è voluta, consigliata, suggerita dall' equità. Nelle Pandette *aequitas* unita al verbo *suggerere* (« *aequitatis ratio suggerit* » o « *aequitas suggerit* ») si trova in cinque luoghi:

a) D. XXVIII. 6. 18. pr. (ULP., *libr. XVI ad Sab.*)

b) D. XXXXII. 1. 20 (MODESTIN., *libr. II different.*)

c) D. XXIII. 3. 7. pr. (ULP., *libr. XXXI ad Sabin.*)

d) D. IV. 6. 26. 9 (ULP., *libr. XII ad edict.*)

e) D. XXXIX. 3. 2. 5 (PAUL., *libr. XLIX ad edict.*)

a) La interpolazione è suggerita da ragioni di incompatibilità storica. Il passo nella sua seconda parte

Digitized by Google

— se pure l'alterazione non debba considerarsi un'aggiunta integrale (1) — doveva, prospettando il caso in cui la *redemptio* non fosse avvenuta nè da parte del testatore, nè da parte del sostituito, affermare la regola dell'accrescimento al condomino (2).

b) Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione [*quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*].

Qui l' aggiunta dell' ultimo periodo operata dai compilatori (cfr. Lenel, *Paling. ad Modest.* 10 (3) è resa certa da una notizia del passo di MODESTINO, conservata negli *Sch. Sinait.* 6 (Cfr. P. Krüger, *Die*

---

(1) E che tale non sia fa ritenere la considerazione che un'aggiunta come questa affermante una norma di portata generale per un determinato ordine di fatti meglio avrebbe trovato suo posto — se pure un qualche metodo non vada disconosciuto ai compilatori — in seguito all' altro passo in D. XXVIII. 5. 6. 3-4, che va sotto la generale rubrica « *de testamentis* ».

(2) Si noti che anche nella costituzione giustinianea (VII. 7. 1) è preveduto il caso in cui erede sia istituito il servo stesso e quindi a lui spetti di redimersi (§ 1 b.... necessitatem habere (sc. il socio) partes suas.... vendere ipsi qui libertatem servo imponere desiderat vel heredi eius (*licet ipse communis servus heres imstitutus sit....*)

(3) Gli altri passi c. d. e. non sono stati sospettati, per quanto so, nè dal FABRO (cfr. lo scritto diligentissimo di A. De-Medio in *Bollett. dell' Ist. di D. R* XIII (1900), pag. 234 segg.; XIV (1901) pag. 283-84), nè dal Gradenwitz (*Interpolationen*) nè dal Lenel, nè da altri.

Digitized by Google

Sinai Scholien zu Ulpians libri ad Sabinum in *Zeischr. f. Rechtsgesch.* (rom. Abth.) XVII. 12), dove esso manca:

— [δ M] od (estinus) β ιβλίῳ) β' diff[erenti]on αὐτοῦ τί(τλῳ) ς' ἀ(νὰ φέρει Piu διάτ(αξιν) λέγουσαν μὴ μόνον ἐ[πὶ προι]||κὸς, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ παντὸς συναλλάγμα[τος ἐναχ] θέντα τὸν ἄνδρα κ(αὶ εἰς ὅσον ἔχει κ(ατα)δικάζε[σθαι] —

Ancora la dizione *aequa lance* è propria dei compilatori. Cfr. KALB, *Roms Juristen*, 143 e n. 2; *Juristenlatein*, 73.

c) [*Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit*] cum enim ipse onera matrimonii subeat aequum est eum etiam fructus percipere.

Che la prima parte non appartenga a ULPIANO assicura la doppia enunciazione dello stesso principio: nella seconda parte, che è quella appartenente al giurista, questi diceva rettamente che *aequum est* che il marito percepisca i frutti della dote, e ne dava la ragione: *cum ipse onera matrimonii subeat.* E se non si comprende la doppia enunciazione in un classico chè era ozioso e volgare dire — quasi con intento esplicativo (*enim*) — che *aequum est* ciò che *aequitas suggerit*, essa si comprende, invece, come aggiunta dei compilatori, che hanno care le enunciazioni generali a mo' d'aforismo.

d) « Item », inquit praetor, « si qua alia mihi iusta

Digitized by Google

causa videbitur, in integrum restituam »; haec clausula edicto inserta est necessario: *multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt (, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum).* Ut puta legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui, licet reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. Idem puto, et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in urbem vel ad principem; nam et huic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum. *et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum.*

Ulpiano in questo luogo, esaminando la parte dell'editto che riguardava la *restitutio in integrum ob absentiam*, dopo avere riportato nei paragrafi precedenti varie fattispecie specialmente prevedute nell'editto, riporta anche la clausola generale, onde il pretore accordava la *restitutio in integrum* quando vi fosse una *iusta causa.* E dà prima la ragione pratica della clausola generale: *multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt*: ed

Digitized by Google

alla fine ne dà la ragione giuridica: *et generaliter quotiescumque quis ex necessitate non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum*». Non è precisamente la *aequitas* che Ulpiano ha in mente come quella che suggerisce la restituzione.

Ma v'ha di più. Si rilegga il passo. All'enunciata norma edittale segue: *multi casus evenire* etc. Si aspetterebbe subito qualche esempio: *ut puta* etc. Invece la continuità logica naturale è interrotta: *ut quotiens aequitas restitutionem suggerit ad hanc clausulam erit descendendum.* Quasicchè il suggerimento dell'equità potesse essere un effetto (l'*ut* è causale) dei molti casi che non possono essere enumerati! Poi ancora: la *consecutio temporum* non è osservata: con due perfetti che precedono si ha un *suggerit* presente: eppoi ancora — e questo è sicuro indizio — l'*ut* causale, costruito sempre con il congiuntivo, ha qui un indicativo: *ut erit subveniendum!* (in luogo di *ut.... sit.....* che sarebbe richiesto anche da *suggerit*).

É proprio il richiamo all' equità, caro ai compilatori, a forza e male inserito in una decisione ulpianea.

e) Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idem-

Digitized by Google

que putat et si manu factus fuit neque memoria eius extat: quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non extat (1), agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodest, ipsi vero nihil nociturus est* [*: haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur*].

È una elegante fattispecie in tema di *a. aquae pluviae arcendae.*

Un argine nel fondo del vicino è stato atterrato dalla violenza dell'acqua, sì che n' è derivato nocumento. VARO, in rispetto all'obbligo del proprietario del fondo in cui era l'argine, distingueva: a) se l'*agger* era naturale, nel qual caso questi non poteva essere costretto a ricostruirlo o a lasciarlo ricostruire con l' *a. aquae pluviae arcendae*; medesimamente se l'*agger* fosse manufatto ma non se n'avesse memoria; b) se l'*agger* era manufatto e se n'avea memoria, il vicino era tenuto con quell'azione.

---

(1) etiamsi memoria eius extat, agi non posse ut reponatur. (Cuiacio). Cfr. Mommsen *h. l.*

Digitized by Google

LABEONE pensava che non si potesse costringere a riporre l'argine anche nel caso che se n' avesse memoria, secondo lo spirito dell'*a. aquae pluviae arcendae*. Paòlo, pur riconoscendo che non sia luogo alla vera e propria *a. aq. pl. arc.*, concede una azione utile contro il vicino perchè non s' opponga al rifacimento dell'*agger*. Ed ecco la ragione che ne dà il giurista classico: « *qui factus mihi quidem prodest, ipsi vero nihil nociturus est* ». A che un' ulteriore: « *haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur* »? Se il giurista avesse voluto aggiungere anche la ragione d'equità, non lo avrebbe meglio fatto dove dice di concedere l'*actio utilis*, ciò che non fece per essere più precisamente la causa della sua opinione quella che in seguito espone?

A riconferma di ciò che siam venuti dicendo, si può citare l' uso frequente del verbo *suggerere* nei libri giustinianei. Es.:

ut legum auctoritas suggerit. Append. (Schoell) 7. 4.

pietate suggerente C. VIII. 39. 4. (5) 1.

humanitate suggerente I. III. 2. 7.

» » I. III. 6. 10.

In altre locuzioni con soggetto astratto:

incertae fortunae exitus hoc nobis suggessit. C. VIII. 53. 34. 4 a

quemadmodum et ipsa rei qualitas suggesserit. C. II. 58. (59) 2. 7

Digitized by Google

liberalitas autem paterna suggessit C. V. 11.7. pr.

Altri esempi *(Proculo viro suggerente...)* C. XII. 19. 15.2; Ist. I. 5. 3; C. I. 17. 2. 1; VI. 35, 12 pr.; Ist. IV. 1. 8; II. 23. 12.

* * *

Per chiudere queste brevi ricerche con un ritorno là, donde hanno preso le mosse, conviene osservare il fatto della *προκήρυξις*, cui dava luogo la manumissione parziale nel diritto egizio.

Essa, pure non convenendo con le norme di diritto romano, cioè nè con un sistema di accrescimento, nè con un sistema di riscatto delle quote, si presenta tuttavia come un mezzo pratico e spedito per risolvere la condizione giuridicamente risibile (cfr. GIULIANO in D. XL. 12. 30 e pag. 18 e sgg.) e socialmente strana di un libero servo. Essa, se necessariamente conseguente alla manumissione da parte di uno dei condomini (1), presentava il vantaggio di permettere

(1) Tale è lecito desumerla dal *ὅθεν* di lin. 18 del pap. 716; vedi pag. 5. Cfr. la introduz. dei sigg. GRENFELL-HUNT. I quali riportano quivi anche una veduta del Mitteis, che pensa considerando la *προκήρυξις* nei rapporti con i domini: « A sale by auction would protect an owner who wished to retain his share of a slave against a partner or partners who desired manumission. A sale of this kind would place the large owner at an advantage against the smaller, since the former, sucessfull, would pay the latter only a fraction of

Digitized by Google

— pure salvaguardando i diritti dei condomini allo schiavo (o ad altri cui interessasse la sua libertà : vedi ad es. il caso di *Oxy.* 722, dove il riscatto delle rimanenti quote della schiava è fatto probabilmente dal futuro marito) — di acquistare la libertà con il pagamento del prezzo, facendo magari crescere la quota di offerta ai condomini.

Per questo verso la *προκήρυξις* si presenta come un espediente giuridico per risolvere la condizione di libero-servo di una condizione di libertà.

---

the purchase-money, with the higher the bid of the small owner the greater the sum due from ihm to the predominant partner. (?)

Digitized by Google

II.

Il testamento di ACUSILAO

Un interesse rilevante presenta per gli studî romanistici la ricerca papirologica che riguardi le successioni, ed in particolar modo la successione testamentaria; avendosi più che una ragione a pensare che da essa molti problemi, i quali attendono una adeguata risoluzione, potranno essere in avvenire risolti. Fino ad ora le « *Recherches sur l'application du droit romain dans l'Égypte province romaine* del Denisse (1), che hanno qualche fuggevole cenno anche su la materia testamentaria (pag. 689 segg.) e un articolo del GAROFALO (2), sunto breve, incompiuto di illustrazioni speciali di alcuni papiri dovute agli studi di insigni storici e romanisti, tali non si presentano da soddisfare alle esigenze critiche di que-

(1) *Nouvelle Revue hist. de droit franç. et étrang.* XVI (1892) pag. 673 segg.

(2) *Sul diritto romano in Egitto*, in *Riv. di Storia Antica*, VII (1903) pag. 99-106.

Digitized by Google

sta ricerca complessa. Alla quale attende fra noi — come sappiamo — la diligenza di un giovane conoscitore della papirologia giuridica. Nostro modesto compito invece è il dichiarare un esemplare — forse il più compiuto, certo il meglio conservato — dei testamenti greci, scoperti in Egitto: testamenti cioè che non hanno le caratteristiche essenziali dal testamento romano (1), e presentano pure diversità dal testamento greco. La collezione di Ossirinco esibisce il maggior numero di essi: I, 104 (96 d. C); 105 (117-137 d. C); III, 489 (117 d. C.); 490 (124 d. C.); 491 (126 d. C.); 492 (130 d. C.); 493 (princ. 2° sec.); 494 (156 d. C.), tutti, nel fondo, iden-

---

(1) Papiri conservanti traduzioni greche di testamenti romani; o riguardanti atti connessi con la materia testamentaria, pure ci furono conservati: ad es. in *B.G.U.* I. 326 (189 d. C.) il famoso testamento di C. Longino Castore, (cfr. le illustrazioni del Mommsen (*Sitzgber. d. Preuss. Acad.* 1894 pag. 47-59); dello Scialoja (*Bullett. dell'Ist. di Dir. Rom.* VII (1894) pag. 1-25, IX (1896) pag. 36-40); del Karlowa (*Neue Heidelb. Iahrbüch.* IV (1894) pag. 189-204); del Collinet (*Nouv. Rev. hist.* XVIII (1894), pag. 573-582); in *B.G.U.* I. 19 (135 d. C.) contenente una *petitio hereditatis ab intestato* (cfr. le illustrazioni del Reinach (*Nouv.Rev. hist.* XVII (1893), pag. 5-20); del Mommsen (*Zeitschr. d. Sav. Stift.* XIV (1893), pag. 1-10); in *B.G.U.* I. 361 col. 2ª (184 d. C.) illustrato dallo Scialoja (*Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.* VII. pag. 269-271) e dal Mitteis (*Hermes*, XXX. pag. 590).

Altri documenti veggansi citati nella nota, redatta con la consueta diligenza, da R. de-Ruggiero nel recentissimo libro del Prof. Pacchioni « *Corso di Diritto Romano* » (Innsbruck 1905): pag. 435-437.

Digitized by Google

tici nella forma, tutti discordanti dai conservati esemplari di testamenti romani e nella caratteristica sostanziale della solenne istituzione dell'*heres*, e nell'ordinamento dei legati, e nella *subscriptio*, e nel numero dei testimonî.

Quindi essi fanno risorgere più viva che mai la grave questione — che attende una esauriente riposta solo da nuovo materiale — donde e da quale principio del diritto ripetessero loro validità; dacchè sono redatti in greco, e la lingua greca fu ammessa ufficialmente solo da una tarda costituzione di TEODOSIO (a. 439. d. C. cfr. C. VI. 23. 21. 6); nè si ha d'altronde notizia, nelle fonti, che l'uso fosse riconosciuto giuridicamente, prima di questo tempo.

Il Mitteis (1) sorprende una contraddizione fra le norme dettate dai giuristi e dagli imperatori e la prassi, ma si limita ad una critica negativa delle opinioni che s' applicasse in questa materia la regola *locus regit actum,* e che i testamenti greci potessero essere effettivi come fedecommessi universali; la seconda avente contro di sè il fatto della esistenza in essi testamenti della clausola codicillare, e della detrazione della quarta trebellianica a favore dell' erede *ab intestato.* Egli aveva a sua disposizione più scarso materiale che oggi non sia: nel testamento di Gregorio di Nazianzo, tardivo (a. 382 d. C. Cfr.

(1) *Reichsrecht u. Volksrecht.* pag. 187 segg.

Digitized by Google

Bruns, *Kleinere Schriften* II. 85, n. 175) ma pur sempre anteriore alla costituzione teodosiana, la clausola codicillare è redatta in modo da far pensare che il testamento fosse valido di per sè, se è disposto che, in caso d'invalidità, le disposizioni valgano come codicillo |...*εἰ δὲ καὶ ὡς διαθήκη μὴ ἰσχύσειεν, ὡς κωδίκελλον αὐτὴν ἰσχύειν βούλομαι*|: ma negli altri testamenti più antichi conservatici nella collezione d'Ossirinco la clausola codicillare non si presenta in quella forma: il testatore vi si riserva invece il diritto di mutare le disposizioni.

Se non che la critica del Mitteis deve pure arrestarsi di fronte ad alcuni passi delle fonti. La possibilità di chiedere *ex causa fideicommissi* in caso d'invalidità del testamento è ammessa da C. Scevola:

D. XXXI, 88. 17:

« Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet homini sani voluntas »: deinde heredes instituit. Quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. Respondi secundum ea quae proponerentur posse.

Con la ammissione di tale specie di tacito fedecommesso veniva a scansarsi la difficoltà derivante dal fatto che non esisteva una vera e propria isti-

Digitized by Google

tuzione fedecommessaria, della mancanza di un fiduciario espressamente rogato dal testatore di *restituere hereditatem* (1).

In vari luoghi dei Digesti sono prospettate fattispecie di disposizioni scritte in greco in *testamenta*. Es.: D. XXXI. 88. 15; XXXIII. 4. 14 (SCEVOLA); XXXVI. 1. 76. (74) pr. (PAOLO. Cfr. D. XXXI. 77. 24); XXXI. 34. 7 (MODESTINO); XXXIV. 1. 4 (MODESTINO). Di questi più importano i due primi. XXXI. 88. 15:

Instituto filio herede et ex eo nepotibus emancipatis testator ita cavit: *βούλομαι δὲ τὰς ἐμὰς οἰκίας μὴ πωλεῖσθαι ὑπὸ τῶν κληρονόμων μοῦ μηδὲ δανείζεσθαι καὶ' αὐτῶν, ἀλλὰ μένειν αὐτὰς ἀκεραίας αὐτοῖς καὶ υἱοῖς καὶ ἐκγόνοις εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον. ἐὰν δέ*

(1) Cfr. anche GIULIANO. D. XXIX, 7, 2, 4: Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur, salva ratione legis Falcidiae.

E qui cade in acconcio di richiamare pur un passo di PAPINIANO: dal quale, meglio che d'altronde, dimostrasi quanta parte fosse data all'interpretazione della volontà del defunto; D. XXIX. 7. 13, 1. Tractari solet de eo, qui, cum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: « Titium heredem esse volo ». Si può chiedere o non il fedecommesso all'erede legittimo? Il giurista risponde in modo che così può riprodursi: La presunta volontà di rogare l'erede legittimo perchè restituisca l'eredità all'onorato è effettiva sempre che non sia contraddetta da un atto del defunto, il quale dimostri che la istituzione — invalida — d'erede nel codicillo mirava non a trasmettere le sostanze *ex causa fideicommissi*, ma *iure hereditario*; come se all'onorato fossero stati nel codicillo relitti legati o fosse stato sostituito.

Digitized by Google

τις βουληθῇ αὐτῶν πωλῆσαι τὸ μέρος αὐτοῦ ἢ δανείσασθαι κατ'αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἐχέτω πωλῆσαι τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ καὶ δανείζεσθαι παρ' αὐτοῦ. ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ. ἔσται τὸ χρηματιζόμενον ἄχρηστον καὶ ἄκυρον. Quaeritur, cum filius defuncti mutuam pecuniam a Flavia Dionysia acceperit et locatis aedibus pro parte sua pensiones sibi debitas creditrici delegaverit, an condicio testamenti extitisse videatur, ut filiis suis fideicommissi nomine teneatur. Respondi secundum ea quae proponerentur non extitisse.

Si noti come SCEVOLA parli di *condicio testamenti* a proposito di una disposizione redatta in greco: non diversamente PAOLO in D. XXXVI. 1. 76 (74). pr.

Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: *ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι.* Pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret: sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere (2).

---

(2) Il Mitteis (pag. 188), a proposito di questo passo, afferma, invero un po' troppo arditamente — tanto più ch'egli è disposto a negare la validità del testamento greco come fedecommesso universale -, che: « es kann vielmehr kaum zweifelhaft sein dass man solche Testamente thatsächlich als giltig anerkannte: dies scheint auch aus einer Stelle des Paulus hervorzugehen, woselbst eine in griechischer Sprache abgefasste letzwillige Verfügung als Testament bezeichnet wird. »

Digitized by Google

L'inesatto uso della parola *testamentum* può sembrar meno grave, se si pensa che *testamentum* può ben anche dirsi di un testamento invalido ma che dia luogo ad una *petitio ex causa fideicommissi.* (cfr. XXIX, 7. 2. 4; XXXI. 88. 17 citati).

La opinione insomma, che propende a riconoscere valido come fedecommesso il testamento redatto in greco, se non soddisfa del tutto, si presenta ancora però come la meglio conciliabile con il sistema successorio romano.

Se non che alla industre e sagace ricerca dell'illustre romanista di Lipsia devesi la pubblicazione di un documento — disavventuratamente frammentario — della collezione dell'arciduca Raineri, N. 1502 (a. 235 d. C.), a lui trasmesso dal Wessely (Cfr. *Aus der griechischen Papyrusurkunden.* Leipzig 1900, pag. 43. n. 36).

12 [*προ*| *κείμε*|*ν*]*ός* |*μου*] *κληρόνομος*....

13 *ἑλληνικοῖς ἀκολούθως τῇ θείᾳ* |*διατάξει τοῦ κυρίου ἡμῶν αὐτοκράτορος καισ· Μάρ. Αὐρηλίου*].

14 *Σευήρου Ἀλεξάνδρου εὐσεβοῦς εὐτυχ*|*οῦς σεβασ τοῦ ἐφ' ὑπογραφῇ μαρτύρων ἕξ ὧν τὰ ὀνόματα*].

15 *καὶ οἱ εἰκονισμοὶ ἑξῆς δηλοῦνται ἰδίοις αὐ*[*τῶν γράμμασι..... καὶ ἐπερωτη*|

16 *θεὶς ὡμολόγηκα.*

Il Mitteis crede che innanzi ad *ἑλληνικοῖς* stesse qualche cosa, come *διατιθέμενος ῥήμασιν*...: ciò che, se non è assolutamente certo, è pure grandemente pro-

Digitized by Google

babile.. A noi non è dato di collazionare l'originale, ma ci sembra che, accettata pure la integrazione del Mitteis, non possa interpretarsi troppo largamente la portata della costituzione di SEVERO ALESSANDRO, a cui allude il papiro (l. 14), se non si voglia correr rischio di giungere ad affermazioni contraddette dallo stesso tenore della costituzione di TEODOSIO, le quali parlano di validità del testamento redatto in lingua greca, come di nuova concessione senza precedenti storici.

Onde non giungerei ad affermare con lui (l. c. pag. 21), che questo documento scioglie le difficoltà relative alla validità di un testamento greco.

La costituzione di SEV. ALESSANDRO, in ogni caso, non potè dichiarare la validità del testamento redatto in greco, come fece TEODOSIO; sibbene ebbe altro e più ristretto contenuto. E qui due ipotesi mi sembrano egualmente possibili: a) o la costituzione di ALESSANDRO riconfermò, ciò ch'era per altro già riconosciuto dalla giurisprudenza, magari dando regole anche per la quarta trebellianica, che le *διαθῆκαι* fossero valide come fedecommessi universali (1); b) o, se am-

(1) Sembra presupporre una differenza d'effetti la distinzione fra *διαθήκη ῥωμαική* e il testamento nelle forme non romane. Chè in quel modo è designato il testamento di un veterano, in base al quale una donna chiede all'erede il legato relitto a lei, in *B. G. U.* I. 327 (166 d. C).

Digitized by Google

mise per le *διαθῆκαι* greche tutti gli effetti del testamento romano, ciò fu solo in rispetto all'Egitto o meglio agli Alessandrini.

Che per speciale privilegio potesse essere riconosciuta validità a testamenti che mancassero di certe forme essenziali, attesta una costituzione di DIOCLEZIANO (290 d. C.); nel tempo stesso che riconferma le norme romane: C. VI. 23. 9.

Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.

Che gli Alessandrini godessero privilegi è attestato da recenti studî papirologici, i quali da *B. G. U.* I. 19 (2) hanno argomentato che la successione alla madre degli autori premorti fu loro concessa da una costituzione di Adriano verisimilmente quando questi si recò nel 130 d. C. in Egitto, mentre nel diritto romano la successione dei figli alla madre in presenza d'agnati di questa non fu stabilita che sotto MARCO-AURELIO (178 d. C.) dal senatoconsulto Orfiziano (cfr. ULP., *Frg.* XXVI. 7; PAUL., *Sent.* IV. 10, 3), e più

(2) Mommsen, *Aegyptischer Erbschaftsprozess vom Iahre 135* in *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung* (rom. Abth.) XIV (1893) 1-10. Reinach, *La représentation en matière de successions féminines dans le droit égyptien, grec et romain* in *Nouv. Rev. hist.*, XVII (1893) pag. 5-20; Girard, *Textes*[3], 841.

Digitized by Google

e più largamente dagli imperatori Valentiniano Teodosio e Arcadio (C. VI. 55. 9). Cfr. *Ist.* III 4. 1.

Premesse queste brevi considerazioni, diamo qui, con una versione latina, il testo del testamento di Acusilao.

'Αντίγραφον. ἔτους ἐννεακαιδεκάτου Αὐτοκράτορος καίσαρος Τίτου Αἰλίο[υ| 'Αδριανοῦ 'Αντωνίνου Σεβαστοῦ Εὐσεβοῦς.

μηνὸς Γερμανικείου λ, ἐν 'Οξυρύγχων πόλει τῆς Θηβαίδος, ἀγαθῇ τύχ|. τάδε διεθέμην νοῶν καὶ φρονῶν

'Ακουσίλαος Δείου τοῦ Διονυσίου τοῦ καὶ 'Ακουσιλάου μητρὸς Διονυσίας Θέωνος ἀπ 'Οξυρύγχων πόλεως ἐν ἀγυιᾷ. ἐφ'ὃν μέν πε —

ρίειμι χρόνον ἔχειν με τὴν τῶν ἰδίων ἐξουσίαν ὃ ἐὰν βούλωμαι ἐπιτελεῖν καὶ μεταδιατίθεσθαι καὶ ἀκυροῦν τὴν δια —

5 θήκην ταύτην, ὃ δ'ἂν ἐπιτελέσω κύριον ὑπάρχειν· ἐὰν δὲ ἐπὶ ταύτῃ τῇ διαθήκῃ τελευτήσω ἐλεύθερα ἀφίημι ὑπὸ

Δία Γῆν Ἥλιον κατ' εὔνοιαν καὶ φιλοστοργίαν δοῦλά μου σώματα Ψεναμοῦνιν τὸν καὶ 'Αμμώνιον καὶ Ἑρμᾶν καὶ 'Απολλω —

νοῦν τὴν καὶ Δημητρίαν καὶ θυγατέρα αὐτῆς Διογενίδα καὶ ἄλλην μου δούλην Δ|ι]ογενί|δ|α καταλείπω δὲ τῇ γυναικί

μου οὔσῃ μου καὶ ἀνεψιᾷ 'Αριστοῦτι τῇ καὶ 'Απολ-

Digitized by Google

λωναρίῳ Ἡρακλείδου τοῦ Διονυσίου τοῦ καὶ Ἀκουσιλάου μητρὸς Ἡραίδος Ἀ —

λεξάνδρου εὐνοούσῃ μοι καὶ πᾶσαν πίστιν μοι ἐνδεικνυμένῃ ἃ ἐὰν ἀπολίπω ἔπιπλα καὶ σκεύη καὶ χρυσία καὶ ἱμάτια

10 καὶ κόσμα καὶ πυρὸν καὶ ὄσπρεα καὶ γενήματα καὶ ἐνδομενείαν πᾶσαν καὶ ὀφειλήματα ἔνγραφα καὶ ἄγραφα

κληρονόμον δὲ ἀπολείπω τὸν γεγονότα μοι ἐκ τῆς προγεγραμμένης μου γυν|α]ικὸς Ἀριστοῦτος τῆς καὶ Ἀπολ[λω —

ναρίου υἱὸν Δεῖον ἐὰν ζῇ, εἰ δὲ μή, τὰ τούτου τέκνα, ὧν ἐὰν ἀπολίπω ὑπαρχόντων καὶ ἑτέρων δούλων σ[ωμ]ά —

των καὶ τῶν ἀπὸ τοῦ νῦν ἐσομένων ἐκ τῶν προγεγραμμένων θηλειῶν δούλων ἐκγόνων, ὧν πάν —

των τὴν χρῆσιν καὶ προσόδους πάσας μετὰ τὰ δημόσια ἕξει ἡ αὐτὴ γυνή μου Ἀριστοῦς ἡ καὶ Ἀπολλω -

15 νάριον ἐπὶ τὸν τῆς ζωῆς αὐτῆς χρόνον καὶ τὴν δουλείαν καὶ ἀποφορὰς τῶν μετὰ [. . .] τελευτήν μο[υ ἐλευθερουμένων δούλων σωμά:ων. ἡ δ'αὐτὴ γυνή μου χορηγήσει τῷ υἱῷ μου Δείῳ εἰς δ[ι]α[τρο —

φὴν αὐτοῦ καὶ τὴν ἄλλην δαπάνην κατὰ μῆν[α] ἐν Ὀξυρύγχων πόλει πυροῦ μέτρῳ ἐξωδιαστικῷ

ἀρτάβας δύο καὶ δραχμὰς ἑξήκοντα καὶ ὑπὲρ ἱματισμοῦ κατ' ἔτος δραχμὰς διακοσίας, τῇ δ' αὐτῇ

γυναικὶ Ἀριστοῦτι τῇ καὶ Ἀπολλωναρίῳ ἐξέστω δι' αὐτῆς πωλεῖν καὶ ὑποτίθεσθαι ἃ ἐὰν αἱρῆται

Digitized by Google

20 ἀφ' ὧν ἐὰν ἀπολίπω τῷ υἱῷ μου Δείῳ ὑπαρχόν[τω]ν καὶ σωμάτων καὶ καταχρᾶσθαι εἰς τὸ
ἴδιον χ. |.].. (1) τοῖς ἐμπεσυμένοις ἤτοι ἐκ πράσεως καὶ ἐξ ὑποθήκης ἀργυρίοις. ἡ δ' αὐτὴ γυ-
νή μου Ἀρι[σ]τοῦς ἡ καὶ Ἀπολλωνάριον ἀπο-
δώσει πάντα ἃ ἐὰν φανῶ ὀφείλων, δώσει δὲ ἡ
γυνή μου καὶ μετά τελευτὴν αὐτῆς ὁ υἱὸς Δεῖος τοῖς δούλοις μου καὶ ἀπελευθέρ[οι]ς εἰς
εὐωχίαν αὐτῶν ἣν ποιήσονται πλήσιον τοῦ τάφου μου κατ' ἔτος τῇ γενεθλίᾳ μου ἐφ' ᾧ δι-
έπειν ἀργυρίου δραχμὰς ἑκατόν. ὅσα δ' ἂν ὑπὸ τὸ ἐκδόσιμον τῆς διαθήκης γράψω ἤτοι ἀφαιρού
μενός τι ἢ προσδιατάσσων ἢ ἑτέροις χαριζόμενος ἢ καὶ ἄλλο τι βουλόμενος καὶ αὐτὰ ἔστω κύρια
ὡς δ' εἶν[α]ι τῇ διαθήκῃ ἐνγεγραμμένα παρὰ δὲ ταῦτα μὴ οὔσης μηδενὶ τῷ καθόλου ἐξου-
σίας παραβαίνει[ν, τὸν] δὲ παραβησόμενον ἐκτίνειν τῷ ἐμμένοντι τό τε βλάβος καὶ ἐπίτειμον
ἀργυρίου τάλαντα δύο καὶ εἰς τὸ δημόσιον τὰ ἴσα καὶ μηδὲν [ἧ]σσον μένειν κύρια τὰ προκείμενα.
30 ἡ διαθήκη κυρία. Ἀκουσίλαος Δείου ὁ προγεγραμ-
μένος πεποίημαι τὴν διαθήκην ἧς ὅλον τὸ σῶμα
ἐστίν μου ἰδι|όγ|ραφ|ο]ν ἐπὶ πᾶσι τοῖς προκειμένο
[ις], καὶ εἰμὶ (ἐτῶν) μη
οὐ λη) ποδ(ὶ) δεξ (ιῷ) κα|ὶ] ἔστ[ι|ν μου ἡ σφραγὶς Θώνιος.

---

(1) da supplirsi con certezza χρ[έ]ος

Digitized by Google

(2.ª mano) Δίδυμος Ὀννώφριος τοῦ καὶ Χαιρήμονος Ἡρώδου ἀπ' Ὀξυρύγ[χω]ν πόλεως ἧς τῶν

μαρτυρησάντων τῇ προκιμέ[νῃ δ]ιαθήκῃ ἐγνώρισα τὴν ἰδίαν μου σφραγῖ —

δα οὖσαν γλύμματος Ἑρμοῦ καὶ ἐσφράγισα τῇ αὐτῇ σφραγῖδι.

. . . . . .

Seguono le attestazioni di tre altri testimoni, redatte — salvo il mutamento di nome — nella stessa forma.

Exemplar.. Anno XIX autocratoris Caesaris Titi Aelii Hadriani Antonini Germanici Pii Augusti

mense germanico Oxyrhynchi, in urbe Thebaidis, quod faustum sit, haec disposui sana mente integroque consilio

Acusilaus Deii Dionysii Acusilai, matre Dionysia Theonis ex Oxyrhyncho per quod tempus

vivam mihi licere res meas quomodo velim administrare, et mutare et irritum facere hoc te-

stamentum; quod autem edixero firmum esse. Si hoc testamento confecto moriar libera dimitto per

Iovem, Terram, Solem ob benevolentiam et affectum servorum meorum corpora Psenamounin Ammonium et Herman et Apollo-

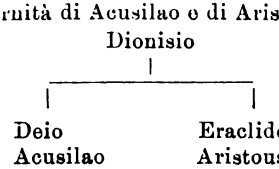
noun Demetriam et filiam eius Diogenida, et alteram meam servam Diogenida relinquo uxori.

Digitized by Google

quae mihi est, et patrueli (1) Aristonti Apollonario Heraclídis Dionysii Acusilai, matre Heraide A-
lexandri, quae mihi benevola et pientissima fuit et ea quae relinquam bona mobilia et suppellectilem, et aurea et vestiaria
et ornamenta et frumentum et legumina et fructus et omnia instrumenta et debita scripta et non scripta;
heredem autem relinquo quem genui a suprascripta uxore Aristoute Apollo-
nario filium Deium si vivat, sin autem, eius filios, omnium quas relinquam fortunarum et alio-
rum servorum et ancillarum partuum, quo-
rum omnium usum et reditus omnes, tributis solutis, habebit ipsa uxor mea Aristous Apollo-
narium usque dum vivat et officium et operas eorum servorum qui post..... mortem meam
liberi erunt. ipsa uxor mea suppeditabit filio meo Deio alimenti et aliarum impensarum nomine
per mensem, Oxyrhynchi, artabas II
frumenti *μέτρῳ ἐξωδιαστικῷ* et drachmas LX et vestimenti nomine quotannis drachmas CC; ipsi

---

(1) Cioè figlia del fratello del padre, come si rileva confrontando le paternità di Acusilao e di Aristous (lin. 3 e lin. 8:



Digitized by Google

uxori Aristouti Apollonario liceat vendere et hypothecae dare quod eliget

ex his quas relinquam filio meo Deio fortunis et ex servis et vertere in proprium eas pecunias

quas consequetur ex venditione et hypotheca. ipsa uxor mea

Aristous Apollonarium satisfaciet omnibus debitis meis, dabit et

uxor mea et post eius mortem filius meus Deius servis meis et libertis ad

convivium quod facient, quotannis, apud sepulchrum meum, die natali, C

drachmas argenti, atque hi summam consumant.

Ea quae in exemplari testamenti scripsero vel auferrens vel adiungens, vel aliis gratificans vel quid aliud volens firma sunto

quasi testamento conscripta, haec nemine licentiam in summa habente violandi

aut qui violaverit acquiescenti damnum solvat et poenae nomine talenta II et aerario eadem, firmis

30 omnibus, quae disposui, manentibus. Hoc testamentum valet. Acusilaus Deii testamentum confeci cuius omne corpus

eo modo quo supra disposui, est a me conscriptum, et sum XLVIII annos natus

cicatricem habeo in pede sinistro et est meum signum Thonios.

Digitized by Google

(*2 mano*). Didymus Onnophrii Chairemonis Herodis ex Oxyrhyncho, unus

testium huius testamenti recognovi proprium meum signum quod est effigies Hermetis et hoc signo signavi.

Digitized by Google

COMMENTO

1-2 — Data e inizio. Il quale somiglia a quello dei testamenti dei filosofi, conservati da Diogene Laerzio. (Cfr. Bruns, *Die Testamente der Griechischen Philosophen* in *Kleinere Schriften* II, 192 seg. (*ἔσται μὲν εὖ· ἐὰν δέ τι συμβαίνῃ τάδε διατίθεμαι.*) ISAEUS, *De Apoll. hered.* § 1; DEMOSTH., c. *Steph.* 1 § 28.

2-5. — Dichiarazione del diritto di disporre delle proprie sostanze durante la vita e di mutare e revocare le disposizioni contenute nel testamento e di disporre altrimenti. Cfr. *Oxy.* I. 105 l. 3; III. 489 l. 4; 490 l. 3; 491 l. 3; 492 l. 4.

5-10 — Alla lin. 5 cominciano le vere e proprie disposizioni con la manumissione di cinque schiavi (5-7) e un lascito di una schiava e di suppellettili alla moglie (7-10). Cfr. *Oxy.* III. 489. 5, dove è usata la dizione *συνχωρῶ ἔχειν*. Queste disposizioni non possono dirsi legati in senso romano anche perchè precedenti la nomina dell'erede (cfr. GAI., II. 230, 229; ULP., *Frg.* I. 20; XXIV. 15; *Ist.* II. 20, 34).

Digitized by Google

11-13. — Istituzione di erede nella persona del figlio Deio, con sostituzione pupillare (l. 12. cfr. *Oxy.* I. 104. l. 10 segg.; 105. ll. 6, 11; III. 490 l. 7; 495 l. 4)

La dizione *κληρονόμον ἀπολείπω* è la normale cfr. *Oxy.* 105. l. 3, 8; III. 489, 5 segg.; 490 l. 4 (*καταλείπω*); 491 l. 4; 492 l. 11. In *Oxy.* 104 una casa è lasciata dalla madre al figlio con usufrutto al marito, ma senza la istituzione in questi termini; v'è usata la frase: *συνχωρῶ ε|ἶ|ναι* (lin. 10). La quale come disti dalla solenne romana, necessaria per la validità del testamento si rileva facilmente dal confronto con Gaio II. 117 (Ulp., *Frg.* 21; C. VI. 23. 15; *Testam. Dasumii* (=*C.I.L.* VI. 2. 1349. n. 10229) passim, in Bruns, *Fontes*[6] 270 e segg.

Essa è anche diversa da quella pur greca del testamento di Gregorio di Nazianzo (382 d. C. in Spangenberg, *Tabulae negotior. solemn.* I. 1 pag. 71-79) e dell' altro di C. Longino Castore (*B. G. U.* I. 326) traduzioni in greco dell'originale latino (*ἔστω κληρονόμος*).

13-18. — Legato (?!) d'usufrutto generale alla moglie (13-16); con obbligo di sopperire in una misura determinata agli alimenti e alle spese necessarie per il figlio Deio (16-18).

18-22. — Alla moglie, che dovrà solvere i debiti contratti in vita dal testatore (l. 22), è concessa facoltà di vendere ed ipotecare quanto voglia di ciò che è relitto al figlio.

Digitized by Google

Altre volte s'incontra l'obbligo nell' erede di non alienare ed ipotecare, come in *Oxy.* III, 491, ll. 8, 15; 489, ll. 10, 19. Cfr. *B.G.U.* 326. 1, 9, 10; *Test. Dasumii* l. 94; D. XXXI. 88. 15.

22-25. — Fedecommesso lasciato alla moglie e dopo la sua morte al figlio erede, di somministrare annualmente una certa somma ai servi e liberti perchè celebrino il genetliaco.

Una disposizione consimile s'incontra nel *Testamentum Galli* (II. 8 segg.) in Bruns, *Fontes*[6] 277.

25-27. — Confermazione de' codicilli *in futurum* (Cfr. D. XXIX, 7. 8 pr. [*Ist.*. II. 25. 1].

La clausola si riscontra pure in *Oxy.* 495 l. 15 (*ὅσα δ'ἂν ὑπὸ τὸ ἐκδόσιμον..... γράψω τῇ μου χειρὶ.... ἔστω κύρια...*

Usitatissima era pure nei testamenti romani: *B.G.U.* 326. col. II, 9-10; *Test. Dasum.* l. 120-121; D. XXIX. 7, 18; XL. 5. 56.

Si noti come il testatore si riservi la facoltà di aggiungere o mutare o di benificare altri, alludendo a disposizioni particolari; e non affermi anche di potere mutar l'erede.

La forma in cui è redatta, la clausola di conferma, che richiama assai da vicino la solita ai Romani, quasi induce a pensare — ciò che del resto è nè impossibile nè improbabile — che la introduzione di essa debbasi all' influenza del d.° romano. S' intenda la forma, non la riconosciuta possibilità di modificare con codicilli

Digitized by Google

la anteriore volontà espressa nel testamento, ciò che ammise pure il d.° greco (*γραμματατεῖα*. Cfr. Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne* III (Paris 1897) 668 segg.).

Il nostro papiro conserva una notizia di un certo interesse: dove cioè potevano farsi i mutamenti nelle disposizioni: *ὑπὸ τὸ ἐκδόσιμον* (cfr. anche *Oxy.* 495. 15).

Che cosa questo sia, bene annotano gli editori a. l. 25, ricordando che: *ἐκδόσιμα* are mentionned in *Oxy.* 34. II. 6, where to the keeper of the Nanaeum (un archivio secondario) is ordered not to give them without authorization from the library of Xadrian (archivio centrale). Essi appaiono quindi come copie ufficiali degli atti depositati nell'archivio. Che innanzi agli agoranomi si facessero i testamenti, i quali restavano poi depositati nel *μνημονεῖον* (1), donde si potevano ritirare quando si volessero revo-

---

(1) S' eliminavano o riducevano per tal modo i pericoli di sottrazioni e malversazioni, che esistevano innumerevoli, per esempio, con i sistemi di testare nel d.° greco. Cfr. Beauchet, III. 662-663; Gneist, *Die formellen Verträge d. neuer. röm. Obligationenrecht* (Berlin 1845), pag. 447.

Quanto allo d.° egizio cfr. *Oxy.* I, 106.

'Αγορανόμοις 'Οξυρύγ —
χων πόλεως 'Απολλώνι —
ος Πτολεμαίου ὑπηρέ —
της. ἀπήνγειλα ὑμεῖν
τὸν τοῦ νομοῦ στρ(ατηγὸν) Δημή —

Digitized by Google

care era noto: ora s'apprende che, pur lasciando depositato l'originale, il testatore riceveva una copia, su la quale

---

τριον συντεταχέναι
ἀποδοῦναι Πτολεμᾷ
Σράτωνος μητρὸς Διονυ —
σίας ἀπ' Ὀξυρύγχων πό —
10 *λεως ἣν ἔθετο δι' ὑμῶν*
τῶι ϑ (ἔτει) ϑεοῦ Τραιανοῦ
Μεχεὶρ ἐπὶ σφραγίδων
διαϑήκην, τοῦτο ἀξιω —
σάσης αὐτῆς, ἣν καὶ δι' ἐ —
15 *μοῦ ἀνέλαβεν. ἔτους*
ἐννεακαιδεκάτου
Αὐτοκράτορος καίσαρος
Τραιανοῦ Ἀδριανοῦ
Σεβαστοῦ, φαρμοῦϑι κε
20 *2 mano. Πτολεμᾶ Σράτωνος*
ἀνέλαβον τὴν
προκειμένην μοῦ διαϑήκην ἐπὶ τῶν
αὐτῶν σφραγείδων. Πέδων Καλλι —
κόρνου ἐπιγεγράμμαι αὐτῆς κύριος
καὶ ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς μὴ εἰδυίης γράμματα.
25 *χρόνος ὁ αὐτός.*

Oxy. I. 107. [....] *αρος Διονυσίου [Σαρ]α[πί —*
ωνος ἀπ' Ὀξυρύγχων π[ό]λεως Ὡριώνι
γραμματεῖ ἀγορανομείου τῆς αὐτῆς
πόλεως, χαίρειν. ἀνέλαβον παρὰ σοῦ
εἰς ἀκύρωσιν ἣν ἐϑέμην διὰ τοῦ
αὐτοῦ ἀγορανομείου ἐπὶ σφραγεί
δων διαϑήκην τοῦ ἑκκαιδεκάτου

Digitized by Google

poteva arrecare le modificazioni volute. E l'utile n'era evidente: rendendosi in tal modo possibile — in caso

---

ἔτους θεοῦ Τραιανοῦ μη|(νὶ.] καισαρείῳ ἐπα —
γομένων πέμπτῃ, τοῦτο ἐμοῦ ἀξιώσαν —
10 τος. ἔτους ἑβδόμου Αὐτοκράτορος
καίσαρος Τραιανοῦ Σεβαστοῦ,
Φαμενὼθ τρίτῃ.

CCLXXVIII (*Descriptions*, p. 241) Letter to the clerk of the ἀγορανομεῖον from Seras, aknowledging the receipt of a will made in the nine theent year of Trajan, wich he wished to revoke.

L' uso di deporre il testamento nel μνημονεῖον (ἀγοράνομος = μνήμων; ἀγορανομεῖον = μνημονεῖον Cfr. Mitteis in *Archiv für Papyrusforschung*, I, 190-191) è ora replicatamente attestato dalla menzione del μνημονεῖον che si trova in fine di molti dei papiri testamentarî. *Oxy* I. 105 l. 21; III, 489, l. 31; 492, l. 24; 491, l. 26.

Che al d.° egizio debbasi la origine del testamento pubblico bene affermò il Mitteis, *Reichsrecht u. Volksr.* 95[4] e *Hermes* XXXIV, 100.

Ma come si testava dinanzi ai notari? Il testatore esponeva le proprie volontà, che il notaio redigeva in iscritto; e poi confermava egli, ripetendole in iscritto, le disposizioni, e sottoscrivendo (cfr. *Oxy.* I. 106, ll. 8-13; III. 491, ll. 12-18). Ciò che era fatto da un terzo se non sapeva scrivere (cfr. III. 489, ll. 13-21; 490, ll. 8-14; 492, ll. 10-17). Seguivano le firme dei testimonî.

Il testamento era poi depositato negli archivi e rubricato con la scrittura, sul dorso, del nome del testatore (es. διαθήκη Διονυσίου. Cfr. *Oxy.* III. 489, l. 35: altre volte la rubricazione è in fine dell'atto testamentario. Cfr. *Oxy.* I 105. l. 22; III. 491, l. 28).

Nel diritto greco classico si praticava il deposito dei testamenti presso privati amici (Lys., *c. Diogit.* 5; Isaeus, *De Philoct. hered.* 7; 27; *De Astyph. hered.* 5; Demosth., *c. Aphob.*

Digitized by Google

di eventuali contestazioni — il conoscere qual'era la volontà originale del testatore e confrontarla con i successivi mutamenti. D' altra parte il ritiro dell' originale, ch'era possibile, come dimostrano i due documenti recati in nota a pag. 77, era necessario per la piena revocazione del testamento? La dazione dell' *ἐκδόσιμον* al testatore, che lasciava deposto il testamento nel *μνημονεῖον*, era connessa con la inserzione nel testamento della *confirmatio codicillorum in futurum?* A queste domande — come a molte altre che sorgerebbero non prive d'interesse storico-giuridico — è da augurarsi che permettano di rispondere nuovi materiali.

27-30. — Questa clausola comminatoria di una penale a chi contravvenga alle disposizioni contenute nel testamento ritorna — e in forma, direi quasi stereotipata (se pur varii la somma: vedi. a es. 491 l. 11. e 495 l. 17) — in *Oxy.* 1. 105l. 7; III 489 l. 10; 491 l. 11; 492 l. 9 segg.; 493 l. 10 segg.; 495 l. 16 segg.

Essa riguarda le persone che partecipano alla successione (ciò che è suggerito anche dal contrapposto

---

I. 40; *c. Steph.* I. 19); o presso un magistrato *παρὰ τῇ ἀρχῇ* Isae., *De Cleon. hered.*; 3. 14, 25; o in un tempio (Dittenberger, *Sylloge inscript. graec.* n. 437. Dareste-Haussolier-Reinach *Récueil d'inscript. jurid. grecq.* VIII. 24). Ma il testamento *παρὰ τῇ ἀρχῇ* non è testamento pubblico: l'*ἀρχή* aveva solo funzione conservativa. Cfr. Beauchet, III. 265.

Digitized by Google

ἐμμένοντι), e che non eseguiscano la volontà del testatore; non potendosi d'altra parte supporre che con esse fosse lecito impedire un'azione di nullità, ad es. contro le disposizioni. Tali clausole richiamano le ammende testamentarie romane (1), che il testatore minaccia all'erede o al legatario o al beneficiato, quando non siano eseguite le disposizioni contenute nel testamento, specialmente riguardanti le onoranze funebri. Es. *Testam. Galli* I, 20 segg.; II, 4 segg. (Bruns, *Fontes*[6] 277; Cic., *in Verr.* II. 8. 21; II. 9. 25).

30-31. — *Subscriptio* e *signatio* del testatore. La *subscriptio* non consiste soltanto nell'apposizione del nome, sì bene in una unitavi dichiarazione.

Le ricerche del Bruns (*Kleinere Schriften.* II. 77 segg.) sulla *subscriptio* nei testamenti romani sono esatte. Sembraci che non sia arrischiato aggiungere ad esse, che l'uso della *subscriptio* del testatore come elemento integrante nei testamenti provinciali abbia avuto influenza: e prima ad ammettere anche la *subscriptio* nei testamenti romani (come sembra da Marciano, D. XXIX. 7. 6. 2 (codicilli) e D. XL. 7. 40. 3 e da Paolo *Sent.* V. 25. 5); e poi, a farla ritenere come un elemento essenziale nella costituzione 16 di Teodosio. Così la norma dettata in un'altra costituzione dell'anno 396 (Arcadio e Onorio cfr. C. Theod.

(1) Huschke, *Die multa u. das Sacramentum in ihreen verschiedenen Anwendungen* (Leipzig 1874) pag. 303 segg.

Digitized by Google

(Mommsen-Meyer) IV, 4, 3, 2), e che ha precedenti in costituzioni di COSTANTINO (ibid.), sulla necessità che i testi prima di *subscribere* e *signare* abbiano conoscenza diretta del testamento (ciò che non avveniva necessariamente nel d.° romano classico), ha un precedente negli usi greco-egizii, per cui i testimoni sottoscrivevano apponendo il loro sigillo alla fine del testamento, e dopo la *subscriptio* del testatore. 31 - fine. Vi si contengono appunto le firme e la descrizione dei sigilli dei testimonî (trattandosi di un *ἐκδόσιμον*).

I quali nei testamenti greco egizi sono sempre in numero di sei (ciò che può dar presunzione che la loro partecipazione fosse necessaria), numero che non si accorda nè con il numero dei testimoni (sette) richiesti normalmente per la validità dal d.° romano, durante tutto il corso del suo sviluppo; nè con il numero dei testimoni (cinque), che le costituzioni giustinianee ammisero sufficiente alla validità di certi atti d'ultima volontà (*testamentum ruri conditum* (C. VI. 23. 31. 3); *codicilli* (C. VI. 36. 8. 3); *donatio mortis causa* (C. VIII. 56 (57) 4); *testamentum posterius imperfectum.*

Nel diritto greco non eravi un numero fisso di testimoni: così ad esempio nel testamento di Licone (Cfr. Bruns, op. cit. II, 229) ne intervengono tre; nel testamento di Teofrasto (id. ib. II, 214 e 221), in un esemplare ne sono menzionati quattro, cinque in un

Digitized by Google

altro (cfr. del resto in generale Beauchet, op. cit. III. pag. 658 segg.).

Donde derivò l' uso costante di adibire sei testimoni (tanto più che il testamento era ignoto agli egiziani, che solevano disporre de' loro beni nell'atto di matrimonio; cfr. Denisse, op. cit. pag. 689), la critica storica non pure può arguire convenientemente.

Digitized by Google

III.

Contributo alla dottrina del mandato di credito in d.° romano.

Il *mandatum pecuniae credendae* (1) è una figura giuridica per qualche rispetto assai interessante sia per ciò che riguarda lo studio del suo sviluppo storico, sia per ciò che riguarda l'esegesi de'

---

(1) **Bibliografia.** — S. Zimmern — L. I. Neustetel, *Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung* (Heidelberg, 1821) pag. 255-281; *Ueber Intercession durch Mandat und Constitutum*; Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechten* (Iena 1851) pag. 60-72, 540-545; Fr. Goswin a Michels, *De intercessione per mandatum* (Halae 1867); Hor. Schultz *De mandato qualificato secundum ius commune* (Vratislaviae 1867); Oesterley, *Ueber das mandatum qualificatum* (Gottingen, senza indicazione di data) pag. 4-18; * Sokolowski, *Mamdatsbürgschaft nach römischen u. gemeinen Recht* (Halle 1891); Geib, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts* (Tübingen 1894) pag. 149-176; * O. Foerster. *Der Kreditauftrag, Eine Studie nach römischen u. neuem burgerlichen Recht* (Leipzig 1903). Oltre queste monografie — delle quali alcune, come s'indicò con la citazione, trattano la materia che c' interessa come parte di studi giuridici affini

Digitized by Google

testi, donde si desumano i caratteri costitutivi ch'essa ebbe nel diritto romano.

I quali la critica giuridica astratta, tutta intenta a fermar la natura degli istituti, differenzia quasi unanimemente dai caratteri normali del mandato ordinario in quanto esso ha di forma e in ciò che esso ha di struttura. [È ovvio invero osservare che il contenuto del mandato varia caso per caso, nè è unico per essenza e natura propria, connesse indissociabilmente con l' idea di mandato].

In altri termini il mandato di credito non sarebbe un vero e proprio mandato, come neppure è una specie di fideiussione; piuttosto dovrebbesi considerare come una forma di garanzia non solenne, introdotta per facilitare il contratto di garen-

---

più ampî — sul mandato di credito trovasi scritto più o meno diffusamente nei trattati generali. Cfr. WINDSCHEID, *Lehrb. d. Pandektenrechts* § 412; ARNDTS, *Lehrbuch d. Pandekten* § 352; MÜLLER. *Lehrbuch d. Institutionen* (Leipzig 1858) pag. 476; UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung d. Lehre d. röm. Rechts. von d. Schuldverhältnissen.* Leipzig 1840) II pag. 856 e n. c; HOLZSCHUHER-KUNTZE, *Theor. u. Casuistik d. gem. Civilrechts* (Leipz. 1881) III pag. 1007: GIRARD, *Man. élém. d. dr. rom* (3 ed. Paris 1901) pag. 578; CUQ, *Les institutions juridiques d. Romains*, II. (Paris, 1901) pag.552-553; FERRINI, *Man. d. Pand.* Milano 1900) pag. 622; BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo* vol. II (Padova 1901) pagine 119 e 180; SERAFINI, *Istituzioni d. d.º rom.* § 149; DOVERI, *Istit. d. d.º rom.* (Firenze 1866) II. pag. 222; BONFANTE, *Istit. d. d.º rom.* § 146.

Digitized by Google

tia fra assenti, e dovuta alla molteplice e varia attività dei commerci ed alla necessità degli scambî, alle quali male si confaceva la rigida struttura della *fideiussio* stipulata. La differenziazione del mandato di credito dal mandato ordinario s'è possibile per la critica giuridica odierna, la quale è venuta attribuendo, nell' esame dei vari istituti, un' alta importanza alla contenenza e all'essenza al di sopra della forma, non è troppo sicura in quanto consista nell'applicare gli eventuali convincimenti resultanti dalle conclusioni della logica astratta applicata al diritto, al sistema contrattuale romano, sistema chiuso in certe forme bene ed esattamente determinate.

Onde si deve piuttosto decidere se per i giuristi romani, una volta che fu riconosciuta la validità del *mandatum credendi*, esso fosse considerato come una specie particolare e con proprie caratteristiche, o se invece fosse, senz'altro, compreso, nei rapporti della sua struttura e degli effetti derivantine, nella categoria del mandato ordinario. Si è detto una volta che fu riconosciuta la validità del *mandatum credendi* sia perchè verosimilmente da tale momento cominciò più esatta e più sicura la elaborazione della giurisprudenza attorno all'istituto; sia perchè la controversia a cui diede luogo l'opinione di SERVIO SULPICIO, il quale ebbe a negarne, secondo l' asserzione gaiana [III. 156, Inst. III. 6], la validità, pensando: *non magis hoc casu obligationem consistere... quam*

Digitized by Google

si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam feneraret, non fu probabilmente definita in via assoluta che dall' autorità di GIULIANO: giacchè, sebbene MASSURIO SABINO nella 1ª metà del 1° secolo d. C. avesse escogitata a sostegno e resa, con la sua autorità, inoppugnabile una argomentazione che, se pure di prevalente indole pratica, bene fissava il movente precipuo della prestazione da parte del mandatario [.... *quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset*], pur nondimeno mi par certo che CELSO, amatore degli antichi giuristi, propendesse ancora per l'opinione di SERVIO.

Per la esatta comprensione dello svolgimento storico dell'istituto dovrebbesi riconnetterne la origine con le origini del mandato e studiarlo in relazione ad altra figura giuridica — precisamente il *iussus* — che sebbene a qualche scrittore (1) sembrò avere analogia con esso, può affermarsi, senza essere troppo lungi dal vero, che per le diverse caratteristiche specifiche connesse con la loro diversa natura — onde ne resta anche scossa implicitamente una dottrina che voglia avanzare la ipotesi di una comunanza di origine — dev' esserne distinto rigorosamente. Ma non è compito della presente memoria una particolare ricerca sulla origine del mandato di credito: essa piuttosto è

(1) SOKOLOWSKI, o. c. pag. 9-40; 64-77.

Digitized by Google

volta alla determinazione della perfetta eguaglianza strutturale del *mandatum pec. cred.* e del mandato ordinario. Anche per ciò che riguarda l'*actio mandati directa* in esecuzione. É ovvio, del resto, che dall'esito di questa ricerca dipende massimamente la legittimità della sussunzione del mandato di credito nella categoria generale del mandato.

Si potrebbe osservare, in via preparatoria, che depone già in favore il fatto *a*) che al mandato di credito la giurisprudenza romana dà il nome di *mandatum* e disputa senz'altro, in casi dubbî, della sua validità come tale (cfr. D. XVII. 1. 12. 14); *b*) che ad esso si applicano le regole generali del mandato ordinario, sia per ciò che riguarda la capacità dei contraenti, sia per il modo di contrarlo (espresso — *per epistulam* a. es. (cfr. D. XVII. 1. 59. 5) o tacito (cfr. D. XVII. 1. 18) —; e per la liceità della *res mandata* (D. XVII. 12. 11), la gratuità (1), la limi-

(1) É facile rilevare che non può considerarsi come controprestazione, l'eventuale pagamento del mandante, in base all'obbligo di garanzia assunto, essendo questo il contenuto del mandato Neppure possono considerarsi come un correspettivo le *usurae*, che il mandatario esigesse, per mutuargli il denaro, dal debitore. A questo proposito anzi, non mi sembra esatta la osservazione del Förster (o. c. pag. 42) che l'appartenere gli interessi al mandatario, contraddice a tutte le regole del mandato e alla norma che il mandatario non deve trarre utile dal mandato (D. XVII. 1. 20. pr.) semplicemente perchè la pattuizione degli interessi è, nel caso specifico, parte del contenuto del mandato.

Digitized by Google

tazione — e connessa eventuale riduzione — degli obblighi del mandante, nel rispetto dei danni, all'effettivo contenuto della volontà mandata (D. XVII. 1. 59. 6; C. VIII. 40 (41). 7: cfr. anche D. XVII. 1. 33; C. 40 (41), 22), sia per i modi di estinzione e il trapasso eventuale delle obbligazioni negli eredi.

Resta invece da decidere la questione più che mai dibattutasi e dibattuta sulla portata dell'*a. mand. directa;* chè mentre non si hanno difficoltà ad ammetterne la esistenza dopo la esecuzione del mandato, (ad esempio per ottenere la cessione delle azioni dal creditore (mandatario) soddisfatto dal garante (mandante) in luogo del terzo debitore. Es. D. XVII. 1. 27. 5; 42; XLVI. 1. 13) quasi unanimemente si nega che la funzione dell'*actio dir.* si esplicasse per quanto riguardi l'obbligo del mandatario di eseguire l'incarico assunto di concedere il credito. Onde una varietà di struttura, tanto più suggerita dal fatto che l'azione contraria riconosciuta contro il mandante per il ricupero da parte del mandatario delle somme mutuate assumerebbe il valore di azione principale.

Ora, ponendosi la questione dell'esitenza o meno della normale azione diretta, deve anche decidersi ulteriormente, se, dato lo sviluppo della figura giuridica del mandato nella giurisprudenza classica imperiale — meglio e definitivamente determinatasi dall'originaria forma, la quale non ha quindi che un

Digitized by Google

valore storico pure in rispetto all'altra più evoluta — sia ad essa perfettamente consona una specie di mandato, come quella che c'interessa.

Fra le dottrine sul mandato di prestar denaro, quella avanzata da R. Carlebach (1) presentasi arbitraria e quindi non accettabile. Rilevando di sfuggita le difficoltà che non risolve la dottrina dominante; quelle che riguardano la conformazione e quindi la classazione dell' istituto crede di risolvere senz'altro con la ipotesi che nel mandato così detto qualificato (2) — in entrambe le forme *ut fideiubeas* e *ut credas*, — si tratti della dazione di una *res* da parte del *mandator* ad un creditore (mandatario), sotto accordo che questi la dia a mutuo a un debitore.

Questa dazione ha avuto luogo in origine in parte o solo immaginariamente. Quando il creditore rimanga perdente ricupera, se non l' abbia ricevuta dal debitore, la somma dal mandante, in adempimento di un'obbligazione già da lungo esistente. Così si spiegherebbe (!) come la prestazione, che forma oggetto dell' azione contraria, non riguardi che la per-

---

(1) *Die actio mandati, deren entwickelungsgeschichtlicher Character und deren Bedeutung für die Bildung des Auftragsbegriffs im heutigen Civilrecht* (Leipzig. 1896). pag. 25-26.

(2) Tale espressione non è propria del d. romano: s' incontra usata per la prima volta in Stryk. Cfr. Förster, o. c. pag. 3.

Digitized by Google

dita subita dal creditore nel riscuotere la somma dal debitore (1).

Tale involuto assieme di rapporti, mentre non ha per sè nè pur la chiarezza (dacchè non è dato vedere in qual modo il mandante — che, anche nel caso in cui la dazione della cosa avvenisse immaginariamente, sarebbe sempre il dominus negotii — sia poi tenuto al mandatario), non ha il minimo appoggio nelle fonti, e non è che un vizioso esempio di ricerca storico-giuridica.

La dottrina dominante (Sokolowski - Geib - Förster), secondo cui il *mandat. pec. cred.* si deve, (come si può giustamente), definire: un mandato di concedere credito ad un terzo in proprio nome, ma a rischio del mandante, esalta la volontà di obbligarsi insita nell' assunzione del pericolo e più non vede in questo contratto che non la obbligazione del *mandator* di essere escusso con l' azione contraria,

---

(1) l. c. Bei dem sog. mandatum qualificatum handelt es sich um die Uebergabe einer res seitens des mandator an einen creditor unter der Verabredung, dass dieser sie an einen debitor ausleihe. Die Uebergabe der res an den creditor hat ursprünglich ganz, dann theilweise dann nur imaginär stattgefunden: der creditor ist in Vorschuss gegangen; er verlangt nun, sobald er die Summe, mit der er in Vorschuss gegangen ist, nicht von dem debitor zurückerhält, sie von dem Mandator in Erfüllung einer längst bestehenden Verpflichtung einbezahlt.....

Digitized by Google

quando, esigibile il credito, la insolvenza del terzo debitore effettua il nascere della responsabilità in base al *periculum* assunto.

Ma se la definizione è esatta perchè risponde ad una realtà di rapporto, è arrischiato invece quanto s' architetta, partendo dalle dottrine serviane e celsine, sulla invalidità di questa forma di mandato.

Il Sokolowski (o. c. pag. 3), scelgo il primo che ha trattato specificamente il tema in questo senso, osserva, che mentre il mandato ordinario è un contratto consensuale che effettua il sorgere di obblighi per entrambi i contraenti e riserva, in conseguenza, ad entrambe le parti le azioni per l'adempimento di essi, ciò non si verifica nel mandato di credito. Il quale non è altro se non una promessa unilaterale del garante o mandante accettata la quale egli solo si obbliga, senza che a questa sua obbligazione corrisponda un obbligo del mandatario all'esecuzione del mandato.

E il ragionamento è ridotto al suo schema, assai semplice e, deve dirsi, stringente.

L' azione di mandato diretta non protegge che un interesse del mandante; il mandante, nella fattispecie non ha interesse positivo all'esecuzione, dunque non esiste azione di mandato diretta.

Ora esamineremo le fonti per trarne anche con-

Digitized by Google

clusioni se nel mandato di credito assolutamente si possa affermare la mancanza d' interesse; specialmente, data la nozione d' interesse ch' era sufficiente a legittimare l' azione diretta; ciò che, come si disse, ha relazione con il più largo svolgimento del concetto di mandato nella giurisprudenza classica.

Occorre subito all' esame un luogo tormentatissimo, che per vero ha costituito il caposaldo dell'opinione di quei pochissimi che non hanno negato al *mandat. pec. cred.* la funzione dell'*act. dir.* in esecuzione (1).

D. XVII. 1. 6. 4 - 5 (ULPIANUS, *libr. XXX ad edict.*).

Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

§ 5. Plane si tibi mandavero quod tua intererat nulla erit mandati actio nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

---

(1) Cenni fuggevoli, per altro. Cfr. H. IACOBY. *Die Crediterkundigung* (Berlin 1891), pag. 49-50; KRÜGER, in *Kritisch. Vierteljahrschr. für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft.* N. F. XV, 535; cfr. ancora STAMMLER, *Der Garantievertrag* in *Archiv. für die Civilistische Praxis.* LXIX pag. 69; 119, n. 257; Zimmern-Neustetel, o. c. pag. 264-265.

Digitized by Google

Bisogna anzitutto controllare la citazione di CELSO, l'autorità del quale è messa innanzi a sostenere la esistenza di un'*actio* diretta del mandante di *fideiubere* o di *credere pecuniam* a Tizio — dacchè è certo ed ammesso che « *erit mihi tecum* etc. » si riferisce all' *actio* diretta, se pure non sia ammesso che debba riferirsi anche alla funzione di essa in esecuzione.

Un altro passo dei Digesti soccorre.

XVII. 1. 48. 1-2 (CELSUS, *libr. VII digestor.*)

Cum mando tibi ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere.

§ 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quem admodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas.

Il passo deriva proprio dal libro VII dei digesti, citato nel frammento ulpianeo: resta a determinare in base ad esso, quale fu il vero pensiero celsino, per trarne poi induzioni sul valore e la portata della citazione di CELSO in D. XVII. 1. 6. 4.

Nel § 1 si tratta di un mandato di *credere pecuniam* a un terzo, ma per conto del mandante, come rilevasi chiaramente da *ut.... negotium mihi geras*, sì che a lui spetti l'utile o il danno derivanti dalla

Digitized by Google

conclusione dell'affare: il mandatario occupa così la posizione di un *negotiorum gestor* dietro mandato.

Niun dubbio ha CELSO su la validità di tale contratto, che si presenta con le caratteristiche di un mandato ordinario nell' interesse del mandante. Una analoga fattispecie si trova in D. XVII. 1. 10. 8 (ULP., *libr. XXXI ad edict.*).

Vi è prospettata la ipotesi di un mandato al proprio procuratore di mutuare il denaro proprio a Tizio *sine usuris*; e da ULPIANO è risolta la questione che sorge, in caso che il procuratore abbia mutuato *non sine usuris*, sull'esigibilità di esse da parte del mandante secondo la decisione affermativa di LABEONE; eccettoche il *procurator* avesse mutuato *periculo suo*, nel qual caso non era tenuto a « *restituere usuras* ».

È ovvio rilevare, che la fattispecie celsina a § 1 è una forma di mandato di credito diversa dall'altra più interessante, in cui v'ha da parte del mandante l' assunzione del pericolo e quindi la garanzia del denaro che si manda di mutuare.

È questa che riguarda il § 2. S'è dubitato con fondamento che il passo avesse originariamente una redazione identica a quella in cui ci è pervenuto: deve quindi esaminarsi *come* fu alterato e scoprire la ragione plausibile dell' alterazione, poichè questa costituisce la riprova migliore e la conferma più situra dei dubbii nascenti per altre ragioni.

Digitized by Google

Celso nel § 1 ha riguardata la ipotesi di un mandato, in cui utile e pericolo sono a carico del mandante, ed ha affermato con recisa convinzione: « *puto mandatum posse consistere* »: nel § 2 invece, in rapporto al mandato di *credere pecuniam* (e che di questo si tratti, oltre che la connessione con il *credendo pecuniam* del § 1, dimostra ad evidenza l'affermata pertinenza delle usure al mandatario) ha fatto propria l' opinione di Servio. L' Eisele (1) ha affermato che l'inciso « *id-credas* » sia interpolatizio per una ragione, dirò, di euritmia dei due paragrafi. Nel 1 si pone la ipotesi « *cum mando tibi ut credendo pecuniam* » ; il « *credendo pecuniam* » è quindi presupposto già innanzi al « *tibi negotium geras* » del § 2 il quale ha in vista la stessa ipotesi, con diversità in rispetto alle obbligazioni dei contraenti. Quindi l'inciso si presenta con i certi caratteri di un'aggiunta esplicativa. E, si noti, nè pure esatta in rispetto a ciò che vuol spiegare: giacchè « *tui arbitrii sit nomen* » non ha il ristretto significato di « *ut credas pecunias* » ; ma uno più largo, che comprende naturalmente quella specie ; quello cioè che il mandatario è il vero e unico soggetto at-

(1) *Die Haftung des mandanten für Schaden des mandatars*, pag. 524 n. 6 *(in Archiv für die Civil. Praxis* 84 (1895).

Digitized by Google

tivo dell'obbligazione, che è contratta in suo favore, e il cui perseguimento è quindi in suo arbitrio.

Nel resto il passo corrisponde all'antecedente ipotesi, *mutatis mutandis:*

	§ 1	§ 2
cum mando tibi tu credendo pecuniam	a) negotium mihi geras b) mihique id nomen praestes. c) meum in eo periculum, meum emolumentum sit puto mandatum posse consistere	a) tibi negotium geras b) tui arbitrii sit nomen c) tu recipias usuras periculum dumtaxat ad me pertineat iam extra (1) mandati formam est.

Come motiva CELSO la negata natura di mandato alla fattispecie da lui proposta? Con le stesse ragioni che già SERVIO SULPICIO: *iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem ut mihi* (leggi *tibi*) *quemvis fundum emas.* Corrispondentemente [Gai., III, 157]: *Servius non magis hoc casu obligationem consistere putavit quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam feneraret.* Al mandato in *gratiam mandatarii* di

---

(1) Bas. XIV. 1.48: *ὑπὲρ τὴν φύσιν ἐστὶ τῆς ἐντολῆς*

Digitized by Google

prestar denaro, CELSO sostituisce, come termine di paragone, quello di acquistare un fondo, che del resto è portato di solito come esempio di *mandatum tua gratia* (cf. Gai., l. c. *Si te hortatus sum ut rem aliquam emeres....*). La nullità deriva, come si rileva di leggieri, dall' essere, secondo i due giuristi, tale forma di mandato un mandato *tua gratia*, e non quindi obbligatorio, come non è obbligatorio il *consilium*.

E a conferma che solo non fosse Servio a sostener la sua tesi si potrebbe argomentare da un luogo di TEOFILO (*Paraphr.* III. 26. 6), che menziona la controversia sorta fra i veteres, *alcuni dei quali* ritenevano appunto non obbligatorio il *mand. cred.* non altrimenti del *consilium* (*τινῶν συμβουλὴν τοῦτο λεγόντων*).

Certamente il *mihi* nel luogo originario era *tibi:* infatti è facile convincersi che il sostenere, dopo la fattispecie a § 1, la nullità del mandato a § 2, che ha lo stesso contenuto di quello (*credere pecuniam*) ma con mutate responsabilità del mandante, per mancanza di determinatezza nell' oggetto, sarebbe stato volgare e contrario alle più elementari regole di sistema — giacchè il giurista trattava di nullità perchè il mandato è *in grat. mandatarii (ut tibi negot. geras)* —, mentre sarebbe contradditorio a tutto lo spirito dei due passi e al contenuto stesso di quello in cui avrebbesi dovuto sostenere la inva-

Digitized by Google

lidità per indeterminatezza dell' oggetto. Infatti che rilevava per ciò se il *negotium* era proprio del mandante o del mandatario? se i frutti spettassero all' uno più che all' altro?

Per la lezione *mihi* sta poi l'autorità grandissima di uno scolio di ENANTIOFANE nei Basilici (XIV. 1. 48. Schol. 10), che riporta la opinione conforme di Teofilo, il quale: *τὸ ἐμοὶ ἀντὶ τοῦ σοι παρέλαβε κα φησιν· ἀχρήστως σοι ἐντ λλομαι ἀγοράζειν, ὃν ἂν θέλῃς ἀγρόν.*

Ma v'ha di più. Secondo me, il *mihi* è stato inserito dai compilatori col fine di affermare che il *mandatum ut pecuniam feneres* è nullo se non è fatto a una persona determinata. In tale modo essi erratamente interpretavano la antica ragione messa innanzi da SERVIO che si richiama ad un mandato indeterminato *tua gratia*, come termine di confronto. Che così sia dimostrano i commenti dei bizantini al passo dei Basilici corrispondente al celsino — il quale c' è recato con la lezione *ἐμοί*, *mihi*, ammessa anche in due scolii di STEFANO e di CIRILLO —: specialmente uno scolio di STEFANO (Schol. 10 ad B. XVI. 1. 48), il quale appunto interpreta il passo ammettendo la nullità per la indeterminatezza del mandato e nello stesso tempo instituisce una sottilissima distinzione, direi *acuminis causa*, perchè, alla fine sembra ammettere la opinione dominante. Egli nota: che il mandato non vale se io avrò detto: comprami un qualunque

Digitized by Google

fondo. Altrimenti, invece, è se avrò mandato di gerire, come vorrai, i miei negozi. E la ragione n'è manifesta nel fatto che se ti abbia detto: comperami un qualunque fondo (*οἱονδήποτε* - quemlibet), la *res* o il *corpus*, ai quali ha riguardo il mandato, sono incerti: se invece ti avrò mandato di comperarmi *il fondo che tu vuoi*, in tal caso s'intende che ho voluto darti mandato di comperare il fondo che vuoi tu *boni viri arbitratu.*

Insomma, secondo la distinzione, di STEFANO, in tal caso, la scelta lasciata alla volontà del mandatario come quella che può specificatamente determinarsi — secondo la volontà — toglierebbe l'assolutamente indeterminato indeterminabile e lascierebbe piuttosto adito a un indeterminato determinabile.

Però STEFANO ritorna, alla fine all'opinione comune dicendo che *τὸ* quemvis *μὴ οὕτως εἰπεῖν ὃν βούλῃ, ἀλλ'οἱονδήποτε ἀγρόν,* cioè che il *quemvis* non deve intendersi, quello che vuoi, ma qualunque. E invero sinonimo di *quicumque* è usato *quivis* in tutta la latinità e anche dai giuristi. Cfr. due esempi, che ci soccorrono, fra gli innumerevoli: GAI., II. 20; ULP., *Frg.* VI. 3.

Ancora a conferma delle idee dei bizantini sulla invalidità per indeterminatezza, si esibisce il commento di TEOFILO, il quale (III. 26.6) mostrasi ossequente alle idee del suo tempo quando distingue il mandato indeterminato di *credere tuam pecuniam*,

Digitized by Google

e l' altro di *credere* a persona determinata, «secondo l' uso ora invalso» (*κατὰ τὸ κρατῆσον ἔθος*)...

Sostituendo quindi il *tibi* nel passo di CELSO, si rileva che questo giureconsulto ammise la opinione di SERVIO accettandone i ragionamenti, e negò di conseguenza la validità del *mandatum pecuniae credendae* (1).

---

(1) Che CELSO, del resto, fosse un rigido valutatore delle figure giuridiche, potrebbe a riprovarlo il fatto che, ad. es., nella *fideiussio indemnitatis* [la quale come fu poi deciso da PAPINIANO e da PAOLO, secondo la logica più naturale, se faceva correre il rischio eventuale per tutta la somma al fideiussore, l' obbligava però, normalmente, solo dopo l'escussione del reo (D. XLV. 1. 116), dovendosi determinare l' *id quod minus servari non potuerit* espressamente stipulato], CELSO non andò contro alla norma della libera scelta, sostenendo che si poteva escutere il *fideiussor indemnitatis* prima del debitore (D. XII. 4. 42).

L' argomento del Förster che nel § 2 CELSO esprimeva dubbi d'indole teorica; che il passo non contenga negazione della validità pratica, concreta dal *mand. pec. cred.*; non dà vita che ad una ipotesi, partendo dall' accettazione indiscussa del richiamo in D. XVII. 1. 6. 4. Epperò egli è costretto ad ammettere che in seguito al § 2 CELSO parlasse della validità pratica del mandato di credito concedendo l' azione contraria delle somme mutuate e la diretta per la cessione delle azioni. Ed è ancora costretto a sottilizzare; nella legge 48 § 2 il giurista parla di mancanza di *negotium proprium* del mandante, mentre il luogo al quale si riferisce il § 4 della l. 6 dovrebbe riguardare l'interesse che il *mandator credendi* possa eventualmente avere, giacchè, dice il Förster, vi può essere anche un interesse d' affezione.

Parmi che non sia rigoroso principio d' interpretazione

Digitized by Google

Se così è, come si spiega l'inserzione del nome di CELSO in D. XVII. 1. 6. 4. (vedi pag. 9) a proposito di un *mandatum ut credas*, del quale si afferma la piena validità con conseguente concessione dell'azione diretta, — sia in esecuzione, sia per la *cessio actionum* (il che è pur sempre un riconoscere piena validità al mandato) — e contraria? Egli ave-

---

questo architettare un seguito al passo, che al contrario non si vede bene come potesse ammettere una susseguente legittimazione della forma di mandato, dopo una sì recisa negazione: *extra mandati formam est*, corrispondente a una affermazione egualmente recisa per la fattispecie a § 1: *puto consistere !*.

Come avrebbe potuto legittimare essa forma? Con l'argomento di SABINO? Ciò male avrebbe distrutta la precedente negazione fondata su argomento di stretto rigore e valore giuridico. Nè, d'altronde, il passo ha un'intonazione da lasciar pensare che volesse darvisi un resoconto della giurisprudenza anteriore (chè in tal caso avrebbe riportato la opinione di Servio); esso è invece categorico.

Eppoi a che i compilatori avrebbero mutato il *tibi* in *mihi* per rendere il passo in qualche modo conciliabile con le idee ormai ricevute? O non avrebbero riportato il seguito - se come vuole il Förster ci fosse stato - che riguardava la validità?

Nè pure il Förster è esatto nel rilevare l'alterazione: perchè ritiene interpolatizio *quemadmodum - emas*, poichè è senza relazione concettuale con *id est credas*: è evidente che è questo il luogo interpolato: nè, in ogni caso, anche dal suo punto di vista, rileverebbe la osservazione, poichè il giurista, volendo dare un esempio di mandato nullo *tua gratia*, non era tenuto a sceglierlo fra quelli dello stesso contenuto!

Digitized by Google

va assolutamente negato il *negotium proprium* del mandante — il che dimostra che parteggiava per la più rigorosa, originaria del resto, forma di mandato... eppoi avrebbe riconosciuta la forma del mandato ordinario, secondo la opinione di SABINO; non solo ma avrebbe già definitivamente risolta la questione dell' esigibilità delle azioni mediante l'*a. dir.*, ciò che appare nelle fonti deciso da GIULIANO (D. XLVI. 1. 13 *(l. XIV digest.)*).

Io penso che ciò sia lungi dal vero, data la ricostituzione, ch'è certa, del § 2 della legge 48. È in base ad esso, che ci conserva un' opinione tolta direttamente dalle sue opere, che deve giudicarsi delle altre testimonianze indirette; e non dall'ammissione, senza discuterle, di queste argomentare, come fanno il Sokolowski e il Förster, su probabili idee celsine, che avrebbero fatto seguito alla l. 48: tanto più che non è impossibile dare una spiegazione, per altra via, soddisfacente. Suona il § 4 della legge 6: Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro VII digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus. Se si ammetta che riferire a CELSO, dopo quanto si è detto, una riconosciuta validità del mandato *ut Titio credas* è impossibile, bisognerebbe pensare che ULPIANO avesse compreso sotto l' autorità di CELSO, che poteva bene ammettere la validità del mandato *ut pro Seio intervenias* come

Digitized by Google

forma di *mandatum aliena gratia* (cfr. GAI., III. 155), anche l'altro *ut Titio credas*, che CELSO invece considerava come *tua gratia(ut tibi negotium geras*: e ciò è diverso dal considerare semplicemente la mancanza dell' interesse del mandante, come si dovrebbe indurre che fosse stato il pensiero di CELSO, dal « *quod mea non intererat* nella l. 6, § 4 »). Se non che non si può addebitare a ULPIANO simile inesattezza: ed allora è facile conchiudere che i compilatori o spostarono la citazione di CELSO — per essi tanto più facile quanto meno incorrevano in contraddizioni, per aver reso il § 2 della legge 48 un esempio di mandato invalido per indeterminatezza d' oggetto, dal luogo dove si trovava (a. es. dopo *interveniias*), o inserirono addirittura *vel - credas*. Dacchè ULPIANO avrebbe potuto trattare della validità del *mandatum ut credas*, anche in seguito, al § 5, dopo aver detto della nullità del mandato *quod tua intererat*, determinando come se ne distinguesse il *mand. ut. Titio credas*: non altrimenti di quanto fa, a. es. GAIO, § 156, dopo avere distinto il *mandatum mea et aliena gratia*.

Resta ora a determinare la portata di quel *mihi erit mandati actio*, riferentesi, senz' alcun dubbio, all' azione diretta.

Il Girtanner (1) — non accogliendo, a ragione,

(1) o. c. pag. 65.

Digitized by Google

la proposta della Glossa e del Noodt (1) di cancellare la negativa « non » innanzi a « intererat » — credo fu il primo a riferire l'azione di mandato alla *cessio actionum*; seguito poi, naturalmente, dal Sokolowski (2) e dal Förster (3).

I quali hanno anche messo innanzi, fra altro, che *erit* come futuro si deve riferire a un'azione seguente l'altra indicata dall'*est*; e siccome a questa si riferisce *l'actio contraria* per ottenere le somme mutuate, dal mandante, così l'*a. dir.*, che si potrebbe verificare dopo questa, non può essere che rivolta ad ottenere la cessione delle azioni del mandatario soddisfatto. Si osserva però agevolmente, in contrario, che si tratta di un futuro formale senz'alcuna portata nascosta, la quale sarebbe tanto più sibillina — mentre assai agevole era determinare che l'azione diretta non aveva, nella fattispecie, la sua naturale funzione — quanto più è complesso il rapporto di cessione presupposto nel caso di *mandatum ut pro Seio intervenias*. Invero qui si tratterebbe piuttosto di subcessione. Infatti A manda a B di intercedere per C (Seio) presso D. Chi si obbliga è B, il quale alla scadenza escusso da D in luogo di C, *reus*, solve facendosi cedere le azioni: a sua volta B agisce contro il suo mandante A, il

(1) *Opera Omnia* (Coloniae Agrippinae (1752) I. 74 (II. 295).
(2) o. c. pag. 72
(3) o. c. pag. 50.

Digitized by Google

quale paga e si fa cedere, mediante l'azione diretta, da B le azioni già a questo cedute dal creditore.

Ancora la prova che si vuol trarre contro l'azione di mandato diretta in esecuzione, dall' assoluto silenzio delle fonti — se ne togli la l. 6 § 4 — nulla rileva, anzi potrebbe ritorcersi. Dacchè se questa funzione non fosse esistita ciò avrebbe costituito una sì fatta anomalia, tanto più dato che il mandato di credito era compreso nella larga categoria dei mandati, che ne sarebbe comparsa la negazione là dove dai giuristi è trattato dell' azione di mandato diretta (es. GAIO in D. XVII. 1. 27. 2)

In diritto giustinianeo non si può sollevare alcun dubbio sull' esistenza dell' azione diretta in esecuzione.

Chè essa trovasi ammessa chiaramente in uno scolio di STEFANO a Bas. XIV. 1. 7. Il testo dei Basilici suona: *ἐὰν ἐντείλωμαί σοι ὑπὲρ ἑτέρου τι πρᾶξαι, τίκτεται μεταξὺ ἐμοῦ καὶ σοῦ ἡ περὶ τῆς ἐντολῆς ἀγωγή.*

e lo Scolio a *ἐὰν ἐντείλ. Ἐνετειλάμην σοι πρᾶγμα μὴ διάφερόν μοι, οἷον ἵνα ἐγγυήσῃ Σεῖον ἢ ἵνα Τιτίῳ δανείσῃς. ὑποδεξάμενος τὸ μανδάτον καὶ μὴ ποιήσας ἐναχθήσῃ μοι τῇ μανδάτι, καὶ πρᾶξας τὸ ἐνταλθὲν ἕξεις κατ' ἐμοῦ τὴν κοντραρίαν.*

Segue lo scoliaste a riportare senza varianti il § 5 della l. 6.

Può recar meraviglia di non veder citato nè

Digitized by Google

tenuto nel debito conto questo passo da alcuno degli antichi studiosi (Cuiacio, Donello, Fabro, Noodt....) nè da alcuno dei moderni. Ma non potè essere tesoreggiato dai primi perchè essi non lo possedevano nella redazione riportata, ch' è quella dello Heimbach, sì bene dai codici che servirono alla redazione del Fabrot (1), in cui lo scolio ha una portata più ristretta comprendendo soltanto la proposizione *ὑποδεξάμενος-κοντραρίαν*.

Nondimeno pure in quella sua redazione, in rapporto al testo dei Basilici che parla di mandato *aliena gratia* doveva indurre ad affermare l' *a. mand. dir.* in esecuzione nel mandato *aliena gratia*; e a trarne poi conseguenze in rispetto al *mandatum pec. cred.*, il quale nel diritto giustinianeo, certamente, e io penso pure nel diritto classico, si presentava come una forma di mandato *tua et aliena gratia* o *aliena gratia*, secondo che interveniva o non il *fenus* (D. XVII. 1. 2. 5).

Il Fabrot aveva avuto a sua disposizione il codice parigino 1352 e n'avea edito il testo e gli scolii, i quali, come avverte il Heimbach (*Praem.* ad. vol. II, pag. 4) corrispondono in genere agli scolii del codice coisliniano 152 dei libri XIII, XIV dei Basilici, ch' egli seguì nella sua edizione: e gli scolii di tale codice

(1) *Basilica* (Parisiis 1647) II. 174 Sch. n.

Digitized by Google

sono in maggior numero e più larghi; sì che, secondo il suo giudizio, quelli che sono contenuti nel codice parigino 1352 sembrano in massima parte esserne stati ricavati.

Dallo scolio di STEFANO si rileva quindi che, se alcuno avesse mandato di prestare fideiussione per Tizio o di mutuargli denaro, aveva l'azione diretta perchè, avvenuta l'accettazione, il mandato fosse eseguito: ed egli era poi tenuto con la contraria.

Fu così anche nel diritto classico? Intendasi quando s'era ammessa pacificamente la validità del mandato di credito; cioè da GIULIANO in poi?

Gli autori che sviluppano la dottrina dell'invalidità di SERVIO e, si può dire, di CELSO, contemperandone le conseguenze logiche con il riconoscere in certo modo che i giuristi romani compresero la specie nella categoria del mandato, ne fanno una sorta di *negotium claudicans* senza bene por mente allo sviluppo che l'idea di mandato aveva subito già ai tempi dell'impero. Il *mandatum mea gratia* fu la forma più antica (1): essa ha per movente un *negotium proprium* nel senso che il mandante è esso il soggetto attivo a cui favore devesi compiere la *res* mandata, esso il *dominus* dell'affare, i cui effetti economico-giuridici direttamente ne riguardano il patri-

(1) Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig, 1901), pag. 666.

Digitized by Google

monio. Da questo ristretto punto di vista il Förster prende a considerare il mandato di credito; e, siccome egli non sembra disposto ad ammettere che un interesse del mandante di qualunque natura divenisse e fosse poi sufficiente a legittimare la conformazione di mandato (1), vede nel *mandatum credendi*, l' interesse di *dominus negotii* del mandatario, e quindi un *negotium tua gratia*, donde ancora l'assoluta negazione dell'azione diretta, che è volta solo a proteggere la esecuzione del *negotium* proprio del mandante.

Osservando appena che un sì rigoroso sviluppo

---

(1) Il Förster argomenta: Interesse è la generale condizione necessaria a fondare qualsiasi azione, a dar vita ad un obbligo esigibile. Ma perchè nasca un'azione specifica deve anche verificarsi la condizione specifica, che la distingua dalle altre: per il mandato un *negot. propr.* del mandante. Se per il sorgere di un' *a. mand. dir.* in esecuzione bastasse l'interesse, nessuna particolare caratteristica ne deriverebbe a quest'azione come azione di mandato (cfr. o. c. pag. 48 (cfr. pag. 71)).

Premesso subito che il diritto romano con l'incontestata ammissione della validità del *mand. al. grat.* (vedi nel testo), distrugge, in sul loro nascere, tali argomentazioni, esse non ci sembrano poi del tutto concludenti perchè è facile avvedersi che la forma generica d'interesse che il Förster propone e alla quale vuol sovrapporre gli interessi specifici per le singole azioni, non rileva per decidere sulla natura degli interessi specifici che è appunto quella in questione. Questa infatti dovrebbe porsi su la qualità e rilevanza dell'interesse, necessaria a fondare un'azione (se per esempio basti l' interesse che consiste nell'evitare una perdita; o l'interesse d'affezione).

Digitized by Google

dei principî originarî, che poi si mutarono nel diritto classico e persistettero mutati anche nel diritto giustinianeo, non depone troppo in favore del metodo critico d'indagine storica adottato dall'A., se pure si voglia considerare come convenevole esempio di critica giuridica pura; basta a togliere valore a sì fatte considerazioni il prendere in esame un' altra figura di mandato valida, nel quale non è certo il *negotium proprium* del mandante ch' è compiuto dal mandatario! Eppure non v'ha dubbio che in questo caso i giuristi romani ammisero l' obbligo delle reciproche prestazioni e l' azione diretta per ottenere la esecuzione.

Gai., III, 155: Mandatum consistit sive nostra gratia mandemus sive aliena: itaque sive ut mea negotia geras sive alterius mandaverim contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id quod vel me tibi, vel te mihi bona fide praestare oportet.

Il mandato in grazia di un terzo è tale che, quando si parta dal concetto ristretto di *negotium proprium* del mandante, non può in alcun modo essere spiegato: il mandante ha qui, tutt' al più, un puro interesse d'affezione a che il mandato sia eseguito: anzi perfino men sensibile di quello del *mandator credendi*, il quale anche nel momento in cui manda di far credito — essendo tale la struttura del mandato di credito da obbligarlo eventualmente per il terzo, ha

Digitized by Google

non solo gli interessi che dipendano da un rapporto espresso o tacito, stabilito dalle parti o preveduto e sottinteso dal diritto, con il terzo, ma quello ancora della futura cessione delle azioni in caso di escussione.

Ed è poi arbitraria la origine che il Förster dà al *mandatum aliena gratia* — forse conscio dei gravi argomenti che si ricavano da una interpretazione analogica —: esso non sarebbe che una sottoforma del *mandatum mea gratia* (= *mand.* con *neg. meum*), per cui l'effetto economico dell' azione che deve compiersi per conto del mandante riesce a vantaggio del terzo! L'esempio tipico sarebbe porto dal mandato di *credere* il proprio denaro o di far *credere* in nome proprio con assunzione di utile e danni. (D. XVII. 1. 48. 1). Senza dire che queste forme di mandato appartengono alla categoria dei mandati *mea gratia* e non *aliena* o tutt'al più *mea et aliena*, non si vede come, se realmente non si fosse attenuato e mutato già assai per tempo lo stretto principio del *negotium mandantis* nell' altro più elastico dell' interesse, avrebbe potuto affermarsene la validità come forma effettiva degli effetti normali.

Ebbene: a chi osservi l' azione che si manda al creditore della prestazione di una somma a Tizio, non si presenta essa con le caratteristiche economiche di una gestione di negozî di Tizio?

Il mandante trovando, con interporre la propria

Digitized by Google

garanzia, il denaro a Tizio che ne è privo o versa in istrettezze, non compie un vero *negotium* in grazia di lui? E quando il mandante incarica di compiere un affare in cui non egli ma un terzo ha interesse, eleva l'interesse del terzo a interesse proprio. Una riprova sicura, sebbene indiretta, s'ha nel fatto che il *mandator pecuniae credendae*, quando non abbia mandato con l'animo di donare — nel qual caso è evidente che il mandato è nell'interesse del terzo — o in veste di mandatario, ma abbia agito ad insaputa del terzo, si considera come un gestore di negozî, (Cfr. D. XVII. 1. 6. 2; arg. da l. 20 § 1 eod.); sì che gli compete l'*actio negotiorum gestorum* contro il terzo. E se il mandato *ut Titio credas* si presenta emesso in favore del terzo, non sarà difficile farlo rientrare nella norma di GAIO, III, 155; non altrimenti del mandato *ut pro Titio fideiubeas*.

La opinione che il Förster (o. c. pag. 88 segg.) propugna, che cioè il mandato di credito si presentasse assolutamente come una forma di mandato *tua gratia*, fondasi sopra una troppo ristretta interpretazione di GAI., III. 155 - 156 (= Ist. III. 26. 6). Il giurista dopo avere distinto il *mandatum mea et aliena gratia*, seguita affermando la inesistenza giuridica di un mandato che abbia per contenuto un fatto che interessi esclusivamente il mandante. E siccome reca un esempio di essa forma con il mandato nullo *ut pecunias tuas fenerares*, e siccome la opi-

Digitized by Google

nione di SERVIO argomentava la nullità del *mandatum credendi*, per analogia, da quella forma generale di mandato, GAIO di ciò conserva memoria col puro intento di dare una notizia storica: et adeo haec ita sunt ut quaeratur... Ma dalla decisione di SABINO favorevole alla validità d'essa forma, si deduce ch'essa non dovevasi nè potevasi considerare sotto il punto di vista di SERVIO. Nè vale obbiettare che SABINO arrecò una ragione che non depone in favore della sussunzione del mandato di credito nella categoria dei mandati *aliena gratia*, perchè nè pure essa depone contro, come quella che tende piuttosto a legittimare l' azione di mandato contraria per ottenere la prestazione promessa dal mandante. Nè da un libro di istituzioni potevasi aspettare una più particolareggiata disamina! La quale trovasi invece nel libro II delle *res cottidianae* di GAIO, in un passo che è in D. XVII. 1. 2-6 e che distingue cinque specie di mandati validi:

Mea tantum gratia	veluti si tibi	pro me fideiubeas....
		pro eo fideiubeas (§ 2)
		Titio sine usuris crederes (§ 5).
Aliena tantum		pro me et Titio fideiubeas.
Mea et aliena		
Tua et mea	mandem ut	sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.
Tua et aliena		Titio sub usuris crederes (§ 5).

Digitized by Google

Nel § 5 sono qualificati il *mandatum ut credas sine usuris* e l'altro *ut credas cum usuris*, rispettivamente nelle categorie dei mandati *aliena* e *tua et aliena gratia*: ed invero nel primo caso è il terzo che risente tutto il vantaggio del mutuo, mentre nel secondo a questo si aggiunge l'interesse che ha il creditore d'aver mutuato a frutto i suoi denari.

Il Förster però, come quello che ha bisogno di liberare il campo da quanti ostacoli si parino innanzi, s'appiglia a sostenere totalmente interpolato il passo (o. c. pag. 98-99): e così, mentre afferma che la giurisprudenza classica ha conservato la tricotomia delle istituzioni di GAIO *(mand. mea, aliena, tua gr.)*, attribuisce senz'altro ai compilatori le forme di mandato a interessi complessi: *mea et tua*, *tua et aliena*, *mea et aliena gr.*

La verità si è che il passo è stato qua e là ritoccato dai compilatori, come dimostrano certe mende stilistiche (tempi verbali non sempre esatti, uso di parole non proprie dei giuristi classici: es. *obligatorius* in § 6); ma da un confronto con le istituzioni di GIUSTINIANO, che si ispirarono alle *res cottidianae* di GAIO (v'è usato *spondere* in luogo del *fideiubere* del Digesto), l'opinione indubitabile è che si debba riferire al giurista classico la distinzione contenuta nel passo in questione (1).

---

(1) Appleton, *Les sources des Institutes de Justinien (Rev.*

Digitized by Google

Io, a bnon conto, trovo un argomento favorevole in ciò che alla l. 6 § 5 D. XVII. 1, ULPIANO, fino a prova contraria, dice: Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio nisi mea quoque interfuit. Se ne induce che era ammessa una forma di mandato *mea et tua gratia ;* e se si pensa che come il mandato *mea gratia* era valido quello *aliena* (GAI., III, 155), non sarà difficile argomentare con certezza l' esistenza della forma *tua et aliena.* Ciò posto non è più impossibile per i tempi di GAIO la distinzione dei mandati; anzi viene ad essere confermata; e così di conseguenza, come logicamente dipendente dalla distinzione, la sottodistinzione del *mand. cred.* in *tua et aliena gr.* e *aliena gratia* a seconda ch' erano pattuite anche le usure o non.

Il passo di GAIO, riportato a pag. 109, non lascia alcun dubbio sull' azione diretta in esecuzione nel *mandatum aliena gr.* : essa è rivolta ad ottenere quod te mihi bona fide praestare oportet. L'azione diretta quindi ha per contenuto suo naturale l' obbligo di prestar secondo la buona fede. GAIO non parla d' interesse, chè un interesse del mandante non potreb-

---

gén. d. droit. XV (1891) pag 107 - 100); Ferrini, *Sulle fonti delle istit. di Giust.* in *Rend. Ist. Lomb.*, XXIII, 162; Mancaleoni, *Mandatum tua gratia e consilium in Riv. it. p. le sc. giur.* XXVII, (1899) pag. 381-388, ma sovra tutti Ferrini, *Sulle fonti delle istit. di Giust.* in Boll. d. Ist. d. dir. rom. XIII, (1900). pag. 181-184.

Digitized by Google

besi rinvenire come elemento connaturale del mandato *aliena gratia*: quasi si deve dire che il principio della buona fede soverchia quello dell'interesse positivo, reale.

Per il *mandatum aliena gratia* — precisamente nella forma qualificata *ut pro Titio fideiubeas* — l'esistenza dell'azione diretta secondo il principio che il mandato dev' essere eseguito nella forma mandata, è attestata da D. XVII. 1. 62 (SCAEV., *l. VI digest.*). Mandavi in haec verba: Lucius Titius Gaio suo salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio. Quaero, si non fideiussisset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur. Respondit teneri.

Il contenuto n' è chiaro: s'è stato emesso mandato di *fideiubere* ed il mandatario ha esso stesso mandato di *credere pecunias* a colui per il quale avrebbe dovuto *fideiubere* o ha in altro modo eseguito l' incarico, il mandante ha contro di lui l'azione diretta per la mancata esecuzione nei termini del mandato.

Il Sokolowski risolve la legge in esame, scorgendovi la concessione dell' *a. contraria* al mandatario, che, invece di *fideiubere*, ha mandato di *credere*; quasi argomentando da D. XVII. 1. 46. Ma

Digitized by Google

l'espressione: et alias egisset quam quod ei mandatum esset sarebbe in tal caso inconciliabile con la concessione dell' *a. contraria*, poichè essa richiama evidentemente le norme generali sulla esecuzione del mandato. Nè, per vero, la osservazione del Sokolowski (il quale, pur citando il nostro passo come prova dell'avvicinamento della fideiussione e del *mand. cred.* [quindi non considerandolo propriamente sotto il punto di vista che ci interessa] coglie l' occasione di affermare quanto si è riferito) che « et alias - esset » debba considerarsi come un' aggiunta interpolatizia, vedesi fondata sovra qualche argomento che la renda accettabile, tanto più che nè pure il latino sembra poi così « schlecht » da costituire di per sè un indizio probabile (1).

Il dubbio d'interpolazione, s'era suggerito all' A. dalla difficoltà di spiegare la esistenza della sola azione contraria, secondo le sue idee, per i danni derivanti dalla prestazione della garanzia, ammettendo l' inciso — il quale è evidente che si riferisce all'ipotesi che il mandato non sia stato eseguito secondo la volontà mandata —, cade di per sè quando il passo assuma la sua naturale significazione resultante dalla

---

(1) Nè pure fa mestieri di sopprimere, come propone il Mommsen, il « *quod* » (*quam quod...*), poichè può scindersi in *id, quod,* dove l' *id* è l' obbietto di *egisset.* Nè è inusitata nel latino del tempo di C. Scevola (II sec. d. C.) tale costruzione.

Digitized by Google

materiale connessione delle parole e dalla dipendenza dei periodi e delle idee.

Di più, dovrebbesi, per accettare la interpretazione del Sokolowski ammettere ancora — e ciò senza che ne sia traccia — un cambiamento di soggetti; poichè mentre Gaius (il mandatario) è il soggetto di *fidciussisset*, *mandasset*; *egisset*, Titius (il mandante) dovrebb' essere il soggetto di *teneretur*. Tale forzata inserzione di Titius (proposta dal Mommsen) mentre non è necessaria per una convenevole e retta interpretazione del passo, rende illogico anche l' inciso: « *et alias-esset.* »

Del resto la norma di D. XVII. 1. 46 (1) non contraddice al passo in questione. La equipollenza è ammissibile in quanto l' esecuzione *per equipollens* « *mandatori expedierit* », cioè a dire, sia utile per il mandante.

D'altro lato l' azione diretta nel caso in esame, tendeva ad assicurare il mandante da qualsiasi differenza di effetti utili a suo riguardo, dipendente dalla diversa esecuzione del mandato. (Per es. il *fideiubere* del mandatario presentava la probabilità,

---

(1) .... Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit. mandati erit actio.

Digitized by Google

ciò che non era per il *mand. cred.*, della liberazione mediante la *contestatio litis* operata dal creditore contro il *reus*).

Ciò poi non impediva che, il mandante accettando la esecuzione *per equipollens*, il mandatario avesse contro di lui l' azione contraria quando, avendo mandato di *credere pucunias* fosse stato impetito in luogo del debitore (1).

Nella legge esaminata si ha, a mio vedere, un caso che rientra nella norma espressa da PAOLO in D. XVII. 1. 5. 1: Diligenter fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit aliud quid facere videtur, et si susceptum non impleverit, tenetur.

Se l'azione di mandato diretta esisteva per ottenere la esecuzione del *mandatum al. gr.* (2), non

(1) Cfr. D. XVII. 1. 45. 4. Sed si mandavero tibi ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere. La decisione paulina è fondata sovra ragioni di umanità, non di diritto. Eppoi, in questo caso, al mandante ne risultava, in qualche modo, utile, perchè ritardava il pagamento. Che se ciò, per qualsiasi motivo, gli fosse stato di danno (come in caso di pattuizione di usura da parte dell' *adpromissor*, che avrebbe dovuto, secondo il mandato, solvere), il mandatario era tenuto con l' a. diretta.

(2) Infatti a sostenere la nostra asseverazione che a fon-

Digitized by Google

v' ha serio argomento per dubitare ch'essa non avesse luogo per il *mand. pec. cred.* Anzi che così fosse persuade ancora ciò che s'induce di su D. XVII. 1. 59. 6: Paulus respondit non videri mandati condicioni paritum cum in mandato adiectum sit ut idonea cautio

---

dar l'azione diretta era sufficiente, com'era necessario, l'obbligo di prestare *ex fide bona*, si esibisce qui anche D. XVII. 1. 8. § 4 (Ulp., *libr. XXXI ad edict.*): Si tutores mandaverint contutori suo mancipium emendum pupillo et ille non emerit, an sit mandati actio, et utrum tantum mandati an vero et tutelae? Et Iulianus distinguit: referre enim ait cuius generis servum tutores uni tutorum mandaverint ut emeret. Nam si supervacuum vel etiam onerosum, mandati actione tantum eum teneri, tutelae non teneri: si vero necessarium servum, tunc, et tutelae eum teneri non solum, sed et ceteros: nam etsi mandassent tenerentur tutelae, cur servum necessarium non comparaverunt. Plane habebunt nihilo minus mandati actionem: quia mandato non est obtemperatum. Trattasi di un mandato che ha i caratteri del *mand. al. grat.*; nella fattispecie in grazia del pupillo. Giuliano e con lui Ulpiano distinguono soltanto, in rispetto alla responsabilità del tutore, al quale dai contutori sia mandato di acquistare un servo al pupillo, se tale servo non gli è o gli è necessario, per decidere con ciò se il mandatario accettante e inadempiente sia tenuto con la sola *a. mand. dir.* o anche con l'*a. tutelae.* Nel primo caso (servo non necessario o oneroso) il mandatario è tenuto solo con l'*a. mand.*, nel secondo (servo necessario) non soltanto con l'*a. tutelae* (che compete pure contro gli altri contutori perchè mandarono in luogo di acquistare essi stessi), ma anche con l'*a. mand.* L'interesse dei mandanti qui manca assolutamente, giacchè trattasi di un interesse del pupillo: nondimeno spetta ad essi l'azione di mandato solo perchè: *mandato non est obtemperatum.* Invano il Sokolowski (o. c. pag. 72-73, 1) combatte la interpretazione

Digitized by Google

a debitore exigeretur, si neque fideiussor neque pignora accepta sint. Alla quale ipotesi si applicava senza dubbio la norma generale espressa da GAIO (XVII. 1. 41): Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam qui mandatum suscepit si

---

che di questo passo, secondo del resto il suo chiaro significato, diede già brevemente il Ihering (a sostegno della sua dottrina della non necessità di un interesse patrimoniale a fondare un'azione. Cfr. *Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn* in *Iahrbüch. f. d. Dogm. d. heutig. röm. u. deutsch Privatr.* XVIII (1880) pag. 65-68. Vedi pure Scialoja in *Arch. giur.* XXV (1880) pag. 485), con il sostenere che l'azione di mandato dei tutori è un' azione di regresso per rifarsi di quanto avessero essi stessi prestato per l'esperimento contro di loro dell'*a. tutelae*; e che, del resto è possibile immaginare casi in cui i contutori abbiano essi pure interesse all' acquisto del servo. Invano: perchè mentre il passo non riguarda in alcun modo una fattispecie come questa ritenuta possibile dal Sokolowski (nè si vede d'altronde come l'applicabilità ad una fattispecie potrebbe spiegare una norma d'ordine generale com'è quella in esame!); d' altra parte male si comprende un'azione diretta che funge da azione di regresso: tanto più che la legittimazione dell' a. dir. nel caso particolare (quia mandato non est obtemperatum) appare come quella che appunto normalmente legittima l' a. dir. in caso d'inadempienza. Ad ogni modo, data e non concessa l' interpretazione del Sokol., con il regresso si spiegherebbe solo la seconda ipotesi, cioè il caso, in cui i contutori avean mandato di acquistare un servo necessario. Ma il passo afferma che il tutore è tenuto ai contutori con l'a. dir. anche se il servo non era necessario: nè qui v'è possibilità d'interesse dei contutori (perchè mancando l'*a. tut.* mancherebbe la loro responsabilità, che fondi il regresso!). Il luogo dice: .... si supervacuum servum vel etiam onerosum mandati actione tantum eum teneri (il mandatario). Poi (si

Digitized by Google

egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicio non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit.

Ora quest' azione tendente a conservare al mandato il suo contenuto, non è che una forma della funzione dell'*a. dir.* in esecuzione; nè sarebbe facilmente concepibile se non si connettesse con l' esistenza di questa. Essa rappresenta una protezione ulteriore della volontà mandata, che si fa valere con l' azione in esecuzione.

Inoltre, il silenzio delle fonti in rapporto all'esecuzione che avrebbe rappresentato il mandato di credito per ciò che riguarda il carattere infamante dell'azione diretta, secondo le norme comuni, deve di per sè indurre il dubbio più fondato su l' opinione che nega l'esistenza dell' azione diretta in esecuzione.

D' altra parte poi, il diritto, dopo aver riconosciuto il mandato di credito come forma valida di

---

noti): Si vero necessarium servum, *tunc et* tutelae eum teneri. Il valore, nei rispetti dell'interpretazione, dell'*et* non è chi non veda, perchè ponendo anche la seconda ipotesi in stretta connessione con la prima, per quanto all' *a. m. dir.*, rivela ancora che il fondamento dell' azione diretta non può essere per la seconda ipotesi se non lo stesso che nella prima: e per questa non havvi alcun interesse dei mandanti!

Per ambedue, dunque, la legittimazione dell' *actio dir.* è la inadempienza del mandato accettato. Ciò, del resto, conviene esattamente con la norma di Gaio sul *mand. al. grat.* III. 155.

Digitized by Google

obbligarsi a favore di un terzo, prestandogli garanzia, non solo avrebbe posto il negozio alla mercè del mandatario, ammettendo che questi potesse rinunziare impunemente, anche dopo l' accettazione, senza alcuna sicurezza e tutela degli interessi del terzo (giacchè è ovvio comprendere i danni che potevano derivare dalla non prestazione del credito dopo l'accettazione del mandato di *credere*: in quanto che il terzo, fin da questo momento, poteva affidarsi su la somma di cui abbisognava): ma avrebbe reso esente il mandatario dall'obbligo di prestare *ex fide bona*, ciò che costituisce, per d. romano, il carattere più rilevante del mandato.

Allargatosi il concetto di esso (1), non fu più il *negotium proprium* del mandante che si richiese

---

(1) La giurisprudenza con Giuliano era giunta a riconoscere la validità del mandato in grazia del mandatario, quando l' assunzione del pericolo da parte del mandante, fosse stato la causa della sua esecuzione. D. XVII. 1. 32 (Iul., *libr. III ad Urs. Feroc.*): Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari, et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. Si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est. A me sembra che tale forma di mandato sia da distinguersi nettamente dal mandato *ut Titio credas*, giacchè in essa manca qualsiasi interesse di terzi: è il mandatario che adisce l' eredità — *interdum damnosa* perchè il passivo può superare l' attivo e rendere quindi con l' adizione responsabile l' erede *ultra vires hered.* — solo quando abbia dal mandante la garanzia della

Digitized by Google

per la sua validità: la volontà mandata divenne efficiente, come tale, per il concetto stesso di *bona fides*; ch'era, per dir così, l'anima dell'istituto: la volontà diretta a far eseguire un negozio giuridico riceveva dal diritto la protezione adeguata; avvenuta

---

prestazione di ogni danno eventuale. Su questo passo si è sbizzarrita la sagacia degli interpreti, costituendo esso il fulcro di una possibile distinzione del concetto di *consilium* e di *mand. tua gratia* (Cfr. a es., Neustetel in *Archiv. f. d. Civ. Prax.* II, (1821), 39 segg.; Tewes, ib. LI (1868), 35-54, e gli altri autori citati nel studio del Mancaleoni (vedi pag. 114, n.)). Non è qui il luogo di discutere la questione: potrebbe sembrare però che la validità di simili forme di mandato fosse ristretta ai casi in cui esisteva il pericolo di una perdita da parte del mandatario (e quindi non un negozio *tua gratia* ne' suoi elementi semplici: bisogna però riconoscere che il fatto sovrapponentesi dell'assunzione del pericolo mediante garanzia da parte del mandante rendeva il *negotium* in grazia del mandatario).

Se il seguito del passo: «*et in summa - praesens mandet*» possa considerarsi interpolatizio, come vorrebbe il Sokolowski (o. c., pag. 70-83), non può essere da noi che accennato. Certo appare impugnabile la contraddizione materiale che egli ha creduto di sorprendere con D. XVI. 1. 19. 2, in cui è posta da Africano la questione se contro colui che ha adito *mandatu mulieris* e risenta danno si possa eccepire il senatoconsulto Velleano, ed é risoluta: magis autem est ut ne ob hanc quidem causam senatus consultum locum habeat, *quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet*, sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores, *heredem indemnem praestaret.*

Il Sokolowski nota che qui è tenuto distinto il mandato con contenuto d'intercessione e quello che ha per contenuto la promessa di un'indennità. Nel passo giulianeo invece non

Digitized by Google

l' accettazione, si presenterebbe contrario al sistema romano, il toglierle i mezzi onde vedere attuato il suo contenuto.

Cosicchè devesi applicare la norma di GAIO (D. XVII. 1. 27. 2): Qui mandatum suscepit, si potest explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur.

Ed è poi indeterminabile l' « *id quod interest* » nel mandato di credito?

---

si distingue, anzi sembra ammettersi normale il carattere d'*intercessio*. Di qui il materiale fondamento per dubitarlo interpolato. Sebbene la questione riguardi più specialmente la determinazione del tempo in cui la garanzia nella forma di mandato si avvicinò alla *fideiussio* (se già nell'epoca giulianea), nondimeno contro la interpolazione, mentre formalmente si può rilevare il corretto uso dell' imperfetto congiuntivo (.... ut obligari posset), più proprio dei giuristi classici, d' altra parte, materialmente, il luogo d' Africano riguarda solo la concessione o meno dell'*exceptio senatu scons. Vellaeiani*. Nella stessa legge 19 nel pr. (nel § 1 è contenuto un caso di mandato analogo a quello in esame) il giurista decide un caso in cui la donna aveva promesso di tenere indenne l' erede nella forma della stipulazione; e non concede l' *exceptio*. Se ne induce che anche nel § 2 riportato dal Sokolowski la non concessione dell' *exceptio* è soltanto dipendente dalla natura della *promissio indemnitatis* in rispetto all' applicazione del senatoconsulto: onde è arrischiato quanto si costruisce sullo sdoppiamento del mandato di adire come mandato di garanzia o come mandato di prestazione d'indennità e quanto s' induce poi per la legge giulianea. La quale anzi, nel periodo sospettato, può sempre considerarsi come riguardante i casi di mandato in cui v' è l'animo di intercedere o *fideiubere*.

Digitized by Google

Ulpiano ha in D. XVII. 1. 6. 2: Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor, et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio; e in D. ib. l. 18: Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur: (cfr. D. XVII. 1. 10. 11: Fideiussores et mandatores et si sine iudicio solverint, habent actionem mandati).

Il fatto di mandare di *credere pecunias* presuppone un rapporto di mandato o di gestione d'affari: presupposizione la quale corrisponde alla normalità dei rapporti, dacchè allo spirito pratico dei romani dovea apparire poco concepibile che alcuno si obbligasse per un altro senza averne avuto da esso l'incarico o senza l'intenzione di gerirgli utilmente i negozi e di acquistare in conseguenza le azioni che gli permettano la indennità del suo operato. (1)

---

(1) L'azione di regresso (*a. mand. contr.*) al *mandator credendi* fu verosimilmente concessa a simiglianza di quella che spettava al fideiussore; dopo che il mandato di credito, non solo fu ritenuto valida forma di mandato, ma ancora forma d'intercessione: come risulta dal fatto che nelle opere dei giuristi quella appare dopo di questa. La quale, mentre potrebbe pensarsi che risalisse a Q. M. Scevola (D. XVII. 1. 48. pr. con la sostituzione di *fideiussor* all'originario *fidepromissor*. Cfr. Lenel. Cels. n. 68; e Karlowa, *Römisch. Rechtsgesch.* II. 463), s'incontra in Giavoleno (XVII. 1. 51) e in Celso (XII. 6. 47), e in una folla d'altri testi (Cfr. Gai., III. 127 = Inst. III. 20. 6; D. XVII. 1. 10 § 12; 12 pr. segg.; 59 pr.; 38 § 1; 59 § 1 § 5; 60 § 1; 33; 37; 14; 22; D. XLVI. 1. 18; 21

Digitized by Google

In tale doppio rapporto, siccome il *mandator* è esso stesso obbligato come mandatario o gestore del debitore, il *quanti interest* del *mandator pecuniae cred.* a che sia eseguito il suo mandato, si misura dalla portata del diritto del mandante che ha mandato d' intercedere, e non ha veduto eseguito il mandato (in caso di mancanza della prestazione promessa di credito da parte del mandatario dell' intervenuto mandato di credito); ciò che è poi l'interesse

---

§ 5; 64 = XVII 1. 56, 1); 66; 69; D. IV. 4. 13.; C. IV. 35. 18, etc.): per il mandato invece i passi di giuristi, più antichi, nel Digesto sono di C. Scevola (XVII, 1. 60, 1), e di Ulpiano (XVII, 1, 6, 2; 10 § 11; 18 cit.), sebbene la norma debba ritenersi non introdotta da questi giuristi, e quindi anteriore.

Era divenuta normale la presupposizione del mandato, quando non vi fossero elementi per escluderlo; ciò ch' è diverso dalla necessità normale della prova del mandato intercorso fra il terzo e il *mandator cred.* (Cfr. Celso in D. XII. 6. 47: Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserit, solvit. Ego existimo si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec expectandum est ut ratum habeas. *quoniam potes videri id ipsum mandasse ut tuo nomine solveretur.* Il « *potes videri* » fa pensare che realmente non fosse intercorso mandato. Con il criterio posto può del resto spiegarsi anche il modo di esprimersi di Paolo XVII. 1. 30. 1.

Potrebbe sembrare per di più sintomatico che la concessione dell'*a. mandati* o *negotior. gestor.* sia, nei testi, posta in relazione con la presenza o l' assenza del debitore (Cfr. D. XVII, 1. 22 § 10; 20 § 1).

Digitized by Google

ch' egli ha alla concessione del credito. Cfr. D. XVII. 8. 3. (1); III. 5. 27 (28) (2).

Quando il mandante abbia mandato *animo donandi* (nella quale ipotesi si potrebbe far rientrare anche il caso di mandato, *vetante Titio* (debitore)), l' interesse che è a base dell' azione di mandato diretta in esecuzione è un interesse d'affezione, il quale è parso a molti che potesse essere motivo sufficiente per fondare l'azione nei giudizi di buona fede, anche senza che avesse influenza su l' ammontare della condanna. (3)

---

(1) Ulp., *libr. XXXI ad edict.*, : Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur.

(2) Iavol., *libr. VIII ex Cassio*: Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur, lisque aestimari debet qnanto Seii et Titii interest. Titii autem interest quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est.

(3) Cfr. Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht* II, 133; Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse* 70. Il Marchi ha in una bella monografia (*Bull. Ist. D. rom.* XVI. Fasc. IV-VI) trattata la questione del risarcimento del danno morale nel d. romano. affermando, fra altro, che in esso non v' hanno esempi di condanna all'equivalente dell'interesse morale: ma che può pensarsi, dei rapporti posti sotto la *bona fides*, e specialmente del mandato, che la difficoltà della stima fosse superata perchè l'azione di mandato adempiva quasi una funzione penale (pag. 64): come in quelle stipulazioni, « in cui non può assolutamente pensarsi a un risarcimento del danno patrimoniale », la addietta *stipulatio poenae* interveniva ogni qualvolta potessero nascere dubbî sull' interesse dello stipu-

Digitized by Google

La volontà mandata ottiene il suo scopo ch' è la donazione: il mandante resta il solo obbligato, nè gli spetta azione di regresso, la quale del resto contraddirebbe allo scopo cui era diretto il mandato, cioè la donazione (1).

Modena, Aprile 1906

---

lante; anche se trattavasi di stipulazioni pretorie (Cfr. D. XLVI. 5. 11).

Ad ogni modo, resta vero quanto s' è detto nel testo. D'altronde la nota interpolazione in D. XVII. 1. 54. pr. di *« placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam »*, deve in qualche modo riferirsi a principî che i compilatori trovarono (e forse o esagerarono o travisarono) nei giureconsulti classici (Es. D. XXXVIII. 2. 36?); perchè è appena concepibile che GIUSTINIANO si riferisse ai giureconsulti del tempo suo (nel qual caso apparirebbe anche usato *« placet »* in luogo di *« placuit »*).

(1) D. XVII. 1. 40; Cfr. C. III. 18. 24.

Digitized by Google

INDICE

1. La manumissione parziale del servo comune da parte di un condomino pag. 5

2. Il testamento di Acusilao 57

3. Contributo alla dottrina del mandato di credito in diritto romano 83

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Altre pubblicazioni dello stesso Autore

Il delitto e la pena nei dialoghi di Platone.
(*Arch. giur.*, vol. III. fasc. 2. (dell'int. coll. vol. LXXIV,2)).

De jure gentium criminali apud Græcos.
(Riv. di Storia Antica. A. IX 3).

Oxyrhynch. Pap. 1. 40.
(*Arch. giur.* Vol. XII, fasc. 1. (dell'int. coll· vol. LXXI. 1; cfr. ancora Vol. III fasc. 3. (dell'int. coll. Vol. LXXIV. 3)).

Il matrimonio nell' Egitto greco-romano.
(*Arch. giur.* Vol. 1. fasc. 1.: dell'int. coll. Vol. LXXII. 1).

La Fideiussione nell' Egitto greco-romano.
(*Bull. d. Ist. d. D. R.* A. XVII. fasc. IV-VI).

IN PREPARAZIONE

La teoria del mandato di credito secondo il diritto romano.

Vocabularium græcarum Iustiniani constitutionum; accedunt loci græci Institutionum, Digestorum, Codicis.

Prezzo L. 3.50

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google